DAS WESEN DER FREIWILLIGEN GERICHTSBARKEIT UND DIE UNABHÄNGIGKEIT DES RICHTERS

Eberhard Kruse

1963

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555205_0037

DAS WESEN DER FREIWILLIGEN GERICHTSBARKEIT UND DIE UNABHÄNGIGKEIT DES RICHTERS

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt von

Eberhard Kruse

aus Essen

1964

Dissertations-Druckerei Charlotte Schön, München 23, Belgradstr. 11, Tel. 361402

1. Berichterstatter:	Professor Dr. PETERS
2. Berichterstatter:	Professor Dr. KLEIN
Dekan:	Professor Dr. FIKENTSCHER

Tag der mündlichen Prüfung: 9.11.1963

MEINEN ELTERN

INHALTSÜBERSICHT

		Seite
Die Problemstellung		1
	1. Teil	
BEGRIFF UND STELLUNG DER RECHTSPRECHUNG IM SYSTEM DER STAATSFUNKTIONEN		
1. Abschnitt	Das Prinzip der Gewaltentrennung	2
1. Kapitel	Geschichtliche Entwicklung des Grundsatzes	2
2. Kapitel	Die Staatsfunktionen im formellen und im materiellen Sinne	3
3. Kapitel	Der Grundsatz der Gewaltentrennung und die Lehre von den Staatsfunktionen	4
2. Abschnitt	Die Gewaltentrennung als Strukturprinzip des Grundgesetzes	4
3. Abschnitt	Die Trennung der Rechtsprechung von der Verwaltung	6
1. Kapitel	Terminologische Fragen	6
2. Kapitel	Die allmähliche Loslösung der Rechtsprechung von der Verwaltung in der geschichtlichen Entwicklung	7
3. Kapitel	Wiederholte Leugnung einer inhaltlichen Verschiedenheit der beiden Staatstätigkeiten	7
4. Abschnitt	Charakterisierung und Abgrenzung der Rechtsprechung gegenüber der Verwaltung	9
1. Kapitel	Gemeinsame Kennzeichen	9
2. Kapitel	Unterschiede zwischen den beiden Funktionen	13
a)	Das Ermessen als Kriterium	13
b)	Weitere Merkmale rechtsprechender Tätigkeit	24
5. Abschnitt	Stellungnahme zu verschiedenen Definitionen der Rechtsprechung	26
1. Kapitel	Rechtsprechung als Rechtsanwendung	26
2. Kapitel	Die Begriffsbestimmung von R. THOMA	27
3. Kapitel	Die Begriffsbestimmung von Ch. -F. MENGER	28
6. Abschnitt	Rechtsprechung als streitentscheidende Gesetzesanwendung durch einen unbeteiligten Dritten	31
1. Kapitel	Rein materielle Begriffsbestimmung	32
2. Kapitel	Auseinandersetzung mit abweichenden Versuchen materieller Definitionen	34
a)	Die Begriffsbestimmung von MÜLLER-TOCHTERMANN	34
b)	Die These von J. GOLDSCHMIDT und A. ARNDT	35
c)	Die Untersuchung von Ch. -F. MENGER	36

d)	Die Definition von K. A. BETTERMANN	38
e)	Die These von H. REUSS	38
f)	Die Untersuchung von L. SCHWAB	39
7. Abschnitt	Erläuterung der Begriffsbestimmung E. FRIESENHAHNs	41
1. Kapitel	Der Begriff des Rechtsstreits und seine Abgrenzung	41
2. Kapitel	Die Entscheidung eines Rechtsstreits und die verschiedenen Formen der Gerichtsbarkeit	43
a)	Zivilgerichtsbarkeit	44
b)	Strafgerichtsbarkeit	45
c)	Verwaltungsgerichtsbarkeit	49
d)	Verfassungsgerichtsbarkeit	50
3. Kapitel	Die Entscheidung eines Rechtsstreits und die verschiedenen Verfahrensarten	55
8. Abschnitt	Zusammenfassung	59
1. Kapitel	Begriff der Rechtsprechung	59
2. Kapitel	Gegenüberstellung der Funktionen der Rechtsprechung und der Verwaltung	60

2. Teil

DIE STELLUNG DER FREIWILLIGEN GERICHTSBARKEIT IM RAHMEN DER STAATSFUNKTIONEN

1. Abschnitt	Der positivrechtliche Umfang der f. G.	64
2. Abschnitt	Geschichtliche Entwicklung	65
3. Abschnitt	Die klassische f. G. und die echten Streitverfahren der klassischen und neueren f. G.	67
4. Abschnitt	Kennzeichnung der f. G.	67
1. Kapitel	Wortauslegung	68
2. Kapitel	Zwecktheorie	69
3. Kapitel	Objekttheorie	71
5. Abschnitt	Der fürsorgerische Charakter der klassischen f. G. und ihre Zugehörigkeit zur Verwaltung	72
1. Kapitel	Vormundschaftssachen unter Berücksichtigung paralleler jugendgerichtlicher Aufgaben	72
2. Kapitel	Nachlaßsachen	80
3. Kapitel	Registersachen	82
4. Kapitel	Beurkundungswesen und das Aufgebotsverfahren zum Zwecke der Todeserklärung	84
5. Kapitel	Die klassische f. G. als eine Erscheinungsform materieller Verwaltungstätigkeit	86
6. Abschnitt	Die rechtliche Kennzeichnung der echten Streitverfahren der f. G. und ihre Einordnung unter die Staatsfunktionen	89

1. Kapitel	Kritik der Auffassung von Casjen PETERS; Keine Abgrenzung nach dem Merkmal des Streits unter den Beteiligten	90
2. Kapitel	Die echten Streitverfahren unter dem Gesichtspunkt der Zweck- und Objekttheorie	91
a)	Die echten Streitsachen der klassischen f. G.	92
b)	Die echten Streitsachen der neueren f. G.	95
3. Kapitel	Die echten Streitverfahren als Interessen- oder sog. Regelungsstreitigkeiten	99
4. Kapitel	Abgrenzung vom Rechtsstreit	102
5. Kapitel	Die Interessen- oder Regelungsstreitigkeiten als Verwaltung	103
7. Abschnitt	Die Tätigkeit des Rechtsmittelgerichts	106
8. Abschnitt	Zusammenfassung	107

3. Teil

DER BEGRIFF DER RECHTSPRECHUNG IM ABSCHNITT IX DES GRUNDGESETZES UND DIE FREIWILLIGE GERICHTSBARKEIT

1. Abschnitt	Die Rechtsprechung nach Art. 92 ff. GG als historischer Begriff	109
2. Abschnitt	Die "rechtsprechende Gewalt" als materieller Begriff	110

4. Teil

DIE STELLUNG DES RICHTERS INNERHALB DER FREIWILLIGEN GERICHTSBARKEIT

1. Abschnitt	Die grundgesetzliche Garantie der richterlichen Unabhängigkeit und die f. G.	114
2. Abschnitt	Die Bedeutung des "Postulats der Rechtsstaatlichkeit"	118
3. Abschnitt	Die Gewährleistung der richterlichen Unabhängigkeit nach den Landesverfassungen und die f. G.	119
4. Abschnitt	Ausdehnung des § 1 GVG auf die f. G.	120
5. Abschnitt	Das Deutsche Richtergesetz vom 8. 9. 1961 und die f. G.	122
	Ergebnis	124

SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS

AUERBACH, Leonhard: Freiwillige Gerichtsbarkeit.
Essen 1954;

APELT, Willibalt: Erstreckt sich das richterliche Prüfungsrecht auf Verfassungsnormen?
NJW 1952, S. 1-3;

ANSCHÜTZ, Gerhard: Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919. 5. Aufl.
Berlin 1926;

ARNDT, Adolf: Richter, Gericht und Rechtsweg in der Reichsverfassung. Zugleich ein Beitrag zur Lehre der Trennung von Justiz und Verwaltung.
AöR 60 - n.F. 21 (1932), S. 183-221;

" " Das Bundesverfassungsgericht.
DVBl 1951, S. 297-300;

" " Strafgewalt der Finanzämter? Zum Begriff der rechtsprechenden Gewalt.
NJW 1959, S. 605-608;

ARNDT, Herbert: Das Richtergesetz.
DRiZ 1961, S. 198-199;

ARNDT, Jürgen: Gesetz über Maßnahmen auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung und des Verfahrensrechts (Rechtspflegergesetz) v. 8.2.1957.
Berlin Frankfurt 1957;

ARNOLD, Egon: Richter und Rechtspfleger in Nachlaßsachen.
Rpfleger 1952, Sp. 305-312;

" " Stellung und Aufgaben des Rechtspflegers. Kommentar zum Rechtspflegergesetz vom 8.2.1957.
Bielefeld 1957;

BACHOF, Otto: Justiz und Verwaltungsgerichtsbarkeit.
ZZP 65 (1952), S. 1-43;

" " Ebenfalls: Freiheitsentziehung nach Art. 104 GG.
DÖV 1952, S. 393-395;

BACHOF, Otto: Anmerkung zum Urteil des LVG Rheinl.-Pfalz in Koblenz v. 22.4.1952 (NJW 1953, S. 317-320).
NJW 1953, S. 317-319;

" " Besprechung des Werkes:
"E.R. HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht 2. Aufl. Bd. 2".
DÖV 1954, S. 735-736;

" " Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates.
VVDStRL 12 (1954), S. 37-84;

" " Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht.
JZ 1955, S. 97-102;

" " Bundesverfassungsgericht und obere Bundesgerichte.
JZ 1956, S. 272-274;

" " Ermessen und Sprachgebrauch.
JZ 1956, S. 590-591;

" " Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, Diskussionsbeitrag.
VVDStRL 14 (1956), S. 174-181;

" " Besprechung von "Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts", Festschrift für Heinrich LEHMANN zum 80. Geburtstag.
AöR 82 (1957), S. 372-376;

" " Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 11.10.1956 (DVBl 1957, S. 786-788).
DVBl 1957, S. 788-790;

" " Anmerkung zum Urteil des OVG Rheinl.-Pfalz vom 20.7.1957 (JZ 1958, S. 289-290).
JZ 1958, S. 290-291;

BALOG, Elemér: Über das konstitutive Urteil.
Grünhuts Zeitschr. 34 (1907), S. 123-128;

BÄRMANN, Johannes: "Echtes Streitverfahren" in der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
AcP 154 - n.F. 34 - (1955), S. 373-421;

BAUMANN, Jürgen: Strafrecht - Allg. Teil.
Bielefeld 1960;

BAUMBACH, Adolf -
LAUTERBACH, Wolfgang: ZPO mit GVG und anderen Nebengesetzen 25. Aufl. München Berlin 1958;

BAUR, Fritz: Justizaufsicht und richterliche Unabhängigkeit. Tübingen 1954;

" " Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1. Buch: Allgemeines Verfahrensrecht. Tübingen 1955;

" " Der Begriff der Rechtsprechung und die freiwillige Gerichtsbarkeit. DNotZ 1955, S. 507-521;

" " Sozialer Ausgleich durch Richterspruch. JZ 1957, S. 193-197;

BECKER, Erich: Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung. VVDStRL 14 (1956), S. 96-135;

BENDER, Bernd: Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Verwaltungsstrafverfahrens nach der Abgabenordnung. Schriftenreihe des Instituts "Finanzen und Steuern", Heft 68, Bonn 1963;

BERGMANN, Wolfgang: Zwischenbilanz zur verwaltungsgerichtlichen abstrakten Normenkontrolle. Verw. Arch. 51 (1960), S. 36-63;

BERNDT, Otto: Hat der Vormundschaftsrichter bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden? Gruch. Beitr. 38 -n.F. 3- (1894), S. 598-646;

BETTERMANN, Karl August: Verwaltungsakt und Richterspruch. Gedächtnisschrift für Walter JELLINEK, S. 361-389, München 1955;

" " Die freiwillige Gerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Rechtsprechung. Festschrift für Friedr. LENT, S. 17-42, München Berlin 1957;

" " Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter. Die Grundrechte, S. 523-642;

BETTERMANN, Karl August: Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit.
Die Grundrechte, S. 779-908;

" " Gericht oder Verwaltungsbehörde, Rechtsprechung oder Verwaltung?
DÖV 1959, S. 761-767;

BEYER, G.: Das Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, dargestellt an praktischen Fällen des Familien-, Vormundschafts- und Jugendwohlfahrtsrechts.
Berlin Leipzig 1935;

BLOMEYER, Karl: Freiwillige Gerichtsbarkeit und Zivilprozeß.
Festschrift für Justus Wilhelm HEDEMANN, S. 191-219,
Jena 1938;

BOCKELMANN, Paul: Richter und Gesetz.
Rechtsprobleme in Staat und Kirche - Festschrift für Rudolf SMEND, S. 23-39,
Göttingen 1952;

BOEHMER, Gustav: Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung.
1. Buch: Das bürgerliche Recht als Teilgebiet der Gesamtrechtsordnung.
Tübingen 1950;

BÖNING, Wolfgang: Zwangsunterbringung volljähriger Mündel.
NJW 1960, S. 1374-1378;

BONNER Kommentar: Kommentar zum Bonner Grundgesetz, redaktionell bearbeitet von B. DENNEWITZ, fortgeführt von K. G. WERNICKE.
Hamburg 1950 ff.;

de BOOR, Otto: Die Funktion des Zivilprozesses in der völkischen Rechtsordnung.
ZAkDR 1938, S. 834-838;

BORNHAK, Conrad: Wesen und Umfang der Gerichtsbarkeit.
ZZP 48 (1920), S. 38-52;

BOSCH, F. W.: Zivilprozeß und Freiwillige Gerichtsbarkeit.
AcP 149 (1943-44), S. 32-78;

BÖTTICHER, Eduard: "Inwieweit sichern die Art. 102 ff. der RV die Unabhängigkeit des Richters und den Rechtsweg?"
ZZP 51 (1926), S. 201 ff.;

" " Richterliche Vertragsgestaltung.
Deutsche Rechtswissenschaft 1942,
S. 125-146;

" " Abänderbarkeit und Rechtskraft im Funktionsbereich der Freiwilligen Gerichtsbarkeit.
JZ 1956, S. 582-588;

" " Regelungsstreitigkeiten.
Festschrift für Friedrich LENT, S. 89-105,
München Berlin 1957;

BUCHHOLZ, Heinrich: Die künftige Stellung des Rechtspflegers.
Rpfleger 1952. Sp. 513-522;

BÜHLER, Ottmar: Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung.
Berlin Stuttgart Leipzig 1914;

Das Bürgerliche Gesetzbuch: Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern.
10. und 11. Aufl. IV. Bd., 1. Teil bearb. von Georg SCHEFFLER unter Mitarbeit von Hans Koeniger,
Berlin 1960;

BUSCH, L.: Aus den Grenzgebieten der Freiwilligen und der Streitigen Gerichtsbarkeit.
Festgabe für Richard KOCH, S. 179-204,
Berlin 1903;

du CHESNE: Freiwillige Gerichtsbarkeit und Vollstreckung im Grundbuchverfahren.
DNotV 1916, S. 441-456;

DALLINGER, Wilhelm - LACKNER, Karl: Jugendgerichtsgesetz.
München Berlin 1955;

DERNEDDE, Carl: Die Rechtspflege im Grundgesetz.
ZJBl.BZ 1949, S. 101-105;

v. DOEMMING, Klaus-Berto
FÜSSLEIN, Rudolf Werner
MATZ, Werner: Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes.
Jahrb. öff. R. n.F. 1 (1951);

DOERR, Friedrich: Begriff und Grenzen der richterlichen Unabhängigkeit.
RheinZ 1911, S. 425-466;

DRATH, Martin: Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit.
VVDStRL 9 (1952), S. 17-116;

DROST, H.: Das Ermessen des Strafrichters.
Zugleich ein Beitrag zu dem allgemeinen Problem Gesetz und Richteramt.
Berlin 1930;

EBERT, Eugen -
DUDEK, Heinrich -
LINDEMANN, Otto: Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. 2. Aufl.
Breslau 1908;

ENGISCH, Karl: Einführung in das juristische Denken. 2. Aufl.
Stuttgart 1959;

ENNECCERUS, Ludwig -
LEHMANN, Heinrich: Recht der Schuldverhältnisse.
14. Bearb.
Tübingen 1954;

ENNECCERUS, Ludwig -
NIPPERDEY, Hans Carl: Allgem. Teil des Bürgerl. Rechts.
15. Aufl. I. Halbband 1959,
II. Halbband 1960
Tübingen;

ERDSIEK, Gerhard: Freiheitsentziehung und richterliche Kontrolle.
NJW 1960, S. 1385-1387;

ERMAN, Walter: BGB, Handkommentar zum ....
1. Aufl. Münster 1952,
2. Aufl. Münster 1958;

ERNST, Fritz: Zur richterlichen Unabhängigkeit.
DRiZ 1955, S. 78-80;

EYERMANN, Erich - FRÖHLER, Ludwig: Verwaltungsgerichtsordnung. München Berlin 1960;

FEYOCK, Georg: Grundlagen der Stellung des Notars im Rechtsleben. DNotZ 1952, S. 244-258;

FLEINER, Fritz: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. Tübingen 1928;

FLUME, Werner: Steuerwesen und Rechtsordnung. Rechtsprobleme in Staat und Kirche - Festschrift für Rudolf SMEND, S. 59-101, Göttingen 1952;

FORSTHOFF, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Allgemeiner Teil. 7. Aufl. München Berlin 1958;

" " Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates. VVDStRL 12 (1954), S. 8-34;

FRANKE, Wolfgang: Grundlagen der Anstaltsunterbringung Psychischkranker in verfassungs-, privat- und verwaltungsrechtlicher Sicht. NJW 1960, S. 1369-1374;

FRIESENHAHN, Ernst: Die Staatsgerichtsbarkeit. HdbDStR, 2. Bd. (1932) § 98, S. 523-545;

" " Justiz und Verwaltungsrechtsschutz, Justiz und Verfassung, Sonderveröffentlichungen des ZJBl. BZ, Band 4, S. 103-131;

" " Über Begriff und Arten der Rechtsprechung unter besonderer Berücksichtigung der Staatsgerichtsbarkeit nach dem Grundgesetz und den westdeutschen Landesverfassungen. Festschrift für Richard THOMA, S. 21-69, Tübingen 1950;

GEHRING, Otto Werner: Streitgegenstand, Aktivlegitimation und Klagebefugnis im verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsprozeß. DÖV 1954, S. 331-336;

GERBER, Hans: Freiheitsentziehung nach Art. 104 GG.
DÖV 1952, S. 387-393;

GOLDSCHMIDT, James: Der Prozeß als Rechtslage.
Berlin 1925;

" " Zivilprozeßrecht, 2. Aufl.
Berlin 1932;

GOSSRAU, Eberhard: Ist die Strafgewalt und die Bußgeldkompetenz von Verwaltungsbehörden mit Art. 92 GG vereinbar?
NJW 1958, S. 929-932;

GRÄBER, Fritz: Das Wesen des "richterlichen" Geschäfts.
DRiZ 1955, S. 7-9;

GRASSHOFF, Richard: Betrachtungen über das Wesen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
Festschrift für Hermann OBERNECK, S. 20-33.
Berlin 1930;

GRAUVOGEL: Zentral- und Randprobleme zur Rechtsnatur gemeindlicher Bebauungspläne und zur Revisibilität dieser Fragen.
DVBl 1958, S. 73-83;

GÜLLAND, Paul: Die Dienstaufsicht über Richter und die Unabhängigkeit der Gerichte.
Berlin 1932;

HAAS, Diether und REDDING, Günter: Steuerstrafen und Finanzverwaltung.
JZ 1953, S. 545-546;

HABSCHEID, Walther J.: Schiedsverfahren und Freiwillige Gerichtsbarkeit.
ZZP 66 (1953), S. 188-209;

" " Zum Streitverfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit.
JZ 1954, S. 689-691;

" " Grundfragen der Freiwilligen Gerichtsbarkeit.
Rpfleger 1957, S. 164-173;

" " Die Zivilrechtspflege im Spannungsfeld verfassungsrechtlicher Grundsätze.
JR 1958, S. 361-367;

HAEGELE, Karl: Aufgaben und Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit.
Schwenningen am Neckar 1950;

HAHN, C.: Die gesamten Materialien zu dem GVG und dem EG zu demselben vom 27.1.1877.
Berlin 1879;

HAMANN, Andreas: Das Grundgesetz.
Berlin Neuwied Darmstadt 1956;

HEDEMANN, Justus Wilhelm: Die Flucht in die Generalklauseln
Tübingen 1933;

HEINSHEIMER, Karl: Von der Unabhängigkeit der Gerichte und dem kategorischen Imperativ des Richteramtes.
Heidelberg 1923;

HELBRON, Rolf-Heinrich: Die Stellung der Rechtsprechung im Verhältnis zur Gesetzgebung und Verwaltung auf Grund der Reichsverfassung vom 11. Aug. 1919.
Diss. jur. Hamburg 1931;

HELLWIG, Konrad: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. 1. Bd.
Leipzig 1903;

" " System des Deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Teil
Leipzig 1912;

HENKEL, Heinrich: Strafverfahrensrecht.
Stuttgart Köln 1953;

von der HEYDTE, Freiherr Friedrich August: Richterfunktion und "Richtergesetz".
Gedächtnisschrift für Walter JELLINEK, S. 493-509,
München 1955;

HINRICHS, F.: Über richterliche Kognitionen in Vormundschaftssachen, namentlich betreffs der religiösen Erziehung der Kinder.
AcP 75 (1889), S. 100-139;

von HIPPEL, Robert: Der Deutsche Strafprozeß.
Marburg 1941;

HOENIGER, Heinrich: Die Stellung des unparteiischen Vorsitzenden im Entwurf der Schlichtungsordnung.
NZfA 1923, Sp. 1-12;

HUBER, Ernst Rudolf: Wirtschafts-Verwaltungsrecht.
2. neubearb. u. erw. Auflage
1. Bd. 1953, 2. Bd. 1954
Tübingen;

van HUSEN, Paul: Aufbau und Zuständigkeit der neuen Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Britischen Zone.
R-St-W Bd. 2 (1950), S. 282-297;

IMBODEN, Max: Montesquieu und die Lehre der Gewaltentrennung.
Berlin 1959;

IPSEN, H.P.: Empfiehlt es sich, die vollständige Selbstverwaltung aller Gerichte im Rahmen des Grundgesetzes gesetzlich einzuführen?
Referat in Verhandlungen des 40. Deut. Juristentages in Hamburg 1953, S. C 5 ff.
Tübingen 1954;

JACOBI, Erwin: Grundlehren des Arbeitsrechts.
Leipzig 1927;

JACOBY, Hans: Ist das Vormundschaftsgericht eine Verwaltungsbehörde oder ein Gericht?
Diss. jur. Heidelberg 1912;

JAHRREISS, Hermann: Mensch und Staat.
Rechtsphilosophische, staatsrechtliche und völkerrechtliche Grundfragen in unserer Zeit.
Köln Berlin 1957;

" " Das "Wesen" des Rechtsprechens als Argument des Bundesverfassungsgerichts in einer sehr umstrittenen Entscheidung.
Festschrift für Heinrich LEHMANN zum 80. Geburtstag, Bd. I, S. 62-69,
Berlin Tübingen Frankfurt 1956;

JANSEN, Paul: FGG - Handkommentar.
Auf der Grundlage der von JASTROW begründeten, von GÜNTHER fortgeführten erläuterten Textausgabe.
Berlin 1959;

JASTROW, Hermann: Die Verrichtungen des Vormundschaftsgerichts bei güterrechtlichen Streitigkeiten unter Eheleuten.
ZZP 25 (1899), S. 128-164;

" " Die Gesetze des Reiches und Preußens über die freiwillige Gerichtsbarkeit. Textausgabe mit Einleitung, Anmerkungen und Sachregister. 2. Aufl.
Berlin 1900;

JELLINEK, Georg: Allgemeine Staatslehre. 3. Aufl. - 6. Neudruck
Darmstadt 1959;

JELLINEK, Walter: Verwaltungsrecht. 3. Aufl.
unveränderter Neudruck
Offenburg 1948;

JERUSALEM, Franz W.: Die Staatsgerichtsbarkeit.
Tübingen 1930;

JESCH, Dietrich: Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht.
AöR 82 - n.F. 43 - (1957), S. 163-249;

JONAS: Die Dienstordnung für Notare vom 5.6.1937.
DNotZ 1937, S. 519-529;

JOSEF, Eugen: Der Einfluß des Todes auf das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
AcP 110 (1913), S. 402-428;

KÄGI, Oskar Werner: Zur Entstehung, Wandlung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzipes.
Diss. jur. Zürich 1937;

KAPUST, Udo: Die Rechtsstellung der Seeämter und des Bundesoberseeamtes.
Zugleich ein Beitrag zum Wesen und Begriff der materiellen Rechtsprechung.
Diss. jur. Kiel 1954;

" " Nochmals zum Begriff "Rechtsprechung".
DRiZ 1955, S. 36-38;

KASKEL, Walter -
DERSCH, Hermann: Arbeitsrecht.
4. Aufl. Berlin 1932,
5. Aufl. Berlin Göttingen Heidelberg 1957;

KAUFMANN, Erich: Die Verwaltung im System der Gewaltenteilung.
WBStVR Bd. 3, S. 695 ff.;

" " Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit.
VVDStRL 9 (1952), S. 1-16;

KEGEL, Gerhard: Empfiehlt es sich, den Einfluß grundlegender Veränderungen des Wirtschaftslebens auf Verträge gesetzlich zu regeln und in welchem Sinne?
(Geschäftsgrundlage, Vertragshilfe, Leistungsverweigerungsrecht)
Verhandlungen des 40. Deut. Juristentages (1953)
Bd. I (Gutachten), S. 135-236,
Tübingen 1953;

KEIDEL, Theodor: Aus der Rechtsprechung zur Freiwilligen Gerichtsbarkeit.
JZ 1953, S. 272-274,
JZ 1954, S. 232-238;

" " Anmerkung zu dem Beschluß des BGH vom 14.7.1955 (Bd. 18, S. 143-149 = JZ 1955, S. 706-707).
JZ 1955, S. 707-709;

" " Freiwillige Gerichtsbarkeit.
Begründet von Fritz KEIDEL, fortgeführt von Theodor KEIDEL.
7. Aufl. München Berlin 1959;

KELSEN, Hans: Allgemeine Staatslehre.
Berlin 1925;

" " Justiz und Verwaltung.
Wien 1929;

KERN, Eduard: Die Funktionen der Staatsgewalt. Rechtspflege. Grundsätzliches und Übersicht.
HdbDStR, 2. Bd. (1932), S. 475-495;

" " Zum Begriff des Richters und des Gerichts.
DRiZ 1952, S. 125-128;

" " Gerichtsverfassungsrecht. 3. Aufl.
München Berlin 1959;

" " Strafverfahrensrecht.
6. Aufl. München Berlin 1960;

KERN, Eduard: Das neue Richtergesetz.
JZ 1961, S. 617-621;

KLEIN, Franz -
ENGEL, Friedrich: Der Zivilprozeß Österreichs.
Das Zivilprozeßrecht der Kulturstaaten. 3. Bd.
Mannheim Berlin Leipzig 1927;

KLEIN, Friedrich: Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat.
ZgesStW 106 (1950), S. 390 ff.;

" " Steuerwesen und Rechtsordnung.
Fin. Arch. n.F. 14 (1953/54), S. 1-20;

KLEIN, Rüdiger: Die Kongruenz des verwaltungsrechtlichen Ermessensbereichs und des Bereichs rechtlicher Mehrdeutigkeit.
AöR 82 - n.F. 43 - (1957), S. 75-122;

KLEINRAHM, Kurt: Justizreform und Grundgesetz.
Zur Auslegung des Art. 92 GG.
Rpfleger 1952, Sp. 1-12;

KLINGER, Hans: Verwaltungsgerichtsordnung.
Göttingen 1960;

KNOLL, Ernst: Die besonderen Gerichte.
DÖV 1954, S. 232-238 u. S. 263-268;

KOEHLER, Alexander: Verwaltungsgerichtsordnung.
Berlin Frankfurt a.M. 1960;

KOELLREUTTER, Otto: Rechtspflege und Verwaltung.
AöR 56 (1929), S. 416 ff.;

" " Rechtspflege, Rechtsprechung und Rechtspfleger.
Rpfleger 1953, Sp. 1-12;

KORMANN, Karl: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte.
Berlin 1910;

" " Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung.
Jahrb. off. R. [illegible], S. [illegible];

" " Verwaltungsakte.
WBStVR Bd. 3, S. 718 ff.;

KRATZER, Jakob: Sind Normenkontrollbeschlüsse revisionsfähig?
DÖV 1954, S. 44-46;

KÜSTER, Otto: Das Gewaltenproblem im modernen Staat.
AöR 75 - n.F. 36 - (1949), S. 397-413;

LABAND, Paul: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches.
5. Aufl. Bd. 2
Tübingen 1911;

LARENZ, Karl: Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung. 2. Aufl.
München Berlin 1957;

" " Lehrbuch des Schuldrechts
Bd. 1: Allgemeiner Teil. 4. Aufl.
München Berlin 1960;

von LAUN, Rudolf: Das freie Ermessen und seine Grenzen.
Leipzig Wien 1910;

" " Das richterliche Ermessen bei der Anordnung der Vorlegung der Handelsbücher.
ZZP 42 (1912), S. 1-20;

" " Bemerkungen zum freien Ermessen und zum détournement de pouvoir im staatlichen und im Völkerrecht.
Festschrift für Herbert KRAUS, S. 128-155,
Kitzingen/Main 1954;

LECHNER, Hans: Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar.
München Berlin 1954;

LENT, Friedrich: Die wachsende Bedeutung der vorsorgenden Rechtspflege.
DNotZ 1950, S. 320-327;

" " Zivilprozeß und freiwillige Gerichtsbarkeit.
ZZP 66 (1953), S. 267-284;

" " Freiwillige Gerichtsbarkeit. 3. Aufl.
München Berlin 1958;

LÖWE-ROSENBERG: Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz
Kommentar 20. Aufl. Bd. 2: GVG, Nebengesetze.
Berlin 1956;

LOPPUCH: Der verwaltungsbehördliche Beschwerdebescheid und seine Abgrenzung vom Rechtsprechungsakt.
NJW 1953, S. 1126-1129;

von MANGOLDT, Hermann: Das Bonner Grundgesetz.
1. Aufl. - 1953,

von MANGOLDT, Hermann -
KLEIN, Friedrich: Das Bonner Grundgesetz.
2. Aufl. Bd. I - 1957
Berlin Frankfurt;

MATHIEU: Das Vertragshilfeverfahren als Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
DNotZ 1953, S. 371-388;

MATTERN, Gerhard: Steuerstrafgerichtsbarkeit.
Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Verhältnis von Verwaltung und Rechtspflege.
StuW 1950, Sp. 351-380;

" " Verwaltungs- und gerichtliches Steuer-Strafverfahren.
ZStrW 67 (1955), S. 363-427;

MAUNZ, Theodor: Deutsches Staatsrecht. 5. Aufl.
München Berlin 1956;

" " Gericht oder Verwaltungsbehörde, Rechtsprechung oder Verwaltung?
DÖV 1959, S. 844;

MAUNZ, Theodor -
DÜRIG, Günter: Grundgesetz - Kommentar.
Lieferung 1-5
München Berlin 1961;

MAURACH, Reinhart: Deutsches Strafrecht - Allg. Teil 2. Aufl.
Karlsruhe 1958;

MAYER, Hellmuth: Strafrecht - Allg. Teil.
Stuttgart Köln 1953;

MAYER, Otto: Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft in Verwaltungssachen.
AöR 21 (1907), S. 1-70;

" " Deutsches Verwaltungsrecht.
3. Aufl. Bd. 1
München Leipzig 1924;

MEISSINGER, Hermann: Schlichtungs- und Richterspruch in der Betriebsverfassung.
Betriebsverf. 1954, Nr. 9, S. 5-8;

MENGER, Christian-Friedrich: System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes.
Tübingen 1954;

" " Rechtssatz, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit.
DÖV 1955, S. 587-592;

" " Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht.
Verw. Arch. 49 (1958), S. 178-188,
" " 49 (1958), S. 272-283,
" " 50 (1959), S. 193-204,
" " 51 (1960), S. 64- 78;

" " Die Bestimmung der öffentlichen Verwaltung nach den Zwecken, Mitteln und Formen des Verwaltungshandelns.
DVBl 1960, S. 297-303;

MERK, Wilhelm: Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung. Diskussionsbeitrag.
VVDStRL 14 (1956), S. 201-206;

MERKL, Adolf: Allgemeines Verwaltungsrecht.
Wien Berlin 1927;

MESSERER: Zum Begriff "Rechtsprechung" und "Richter".
DRiZ 1954, S. 209;

MEYER, Georg - DOCHOW, Franz: Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts. 4. Aufl.
München Leipzig 1913;

MÖLLINGER, Otto: Gerichtsbarkeit bei Steuerdelikten.
AöR 80 - n.F. 41 - (1955/56), S. 276-306;

MONICH: Der Schutz von Gemein- und Gesamtinteressen im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit.
ZZP 33 (1904), S. 41-78;

MONTESQUIEU: Vom Geist der Gesetze.
In neuer Übersetzung eingeleitet und herausgegeben von Ernst FORSTHOFF
Tübingen 1951;

MÜLLER, Hanswerner: Auch die Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehören in das Richtergesetz.
DRiZ 1955, S. 10-11;

MÜLLER-TOCHTERMANN: Freiwillige Gerichtsbarkeit zwischen Verwaltung und Rechtsprechung.
DRiZ 1956, S. 4-7;

MÜNZEL, Karl: Freiwillige Gerichtsbarkeit und Zivilprozeß in der neueren Entwicklung.
ZZP 66 (1953), S. 334-386;

NAWIASKY, Hans: Allgemeine Staatslehre. 2. Teil
2. Bd.: Staatsfunktionen, Staatsmittel, Staatsgewalt, Staatsleben, Staatenwelt.
Einsiedeln Zürich Köln 1955;

NEBINGER, Robert: Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil 2. Aufl.
Stuttgart 1949;

NEUMANN-DUESBERG, Horst: Gerichtliche Ermessensentscheidungen nach §§ 315 ff. BGB.
JZ 1952, S. 705-711;

NIESE, Werner: Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen.
Göttingen 1950;

" " Über den Streitgegenstand der Anfechtungs- und Vornahmeklagen im Verwaltungsprozeß.
JZ 1952, S. 353-358;

" " Das Steuerstrafverfahren.
ZStrW 70 (1958), S. 337-359;

" " Beurkundung als Rechtspflegeakt.
ZZP 73 (1960), S. 1-45;

NIKISCH, Arthur: Zivilprozeßrecht. 1. Aufl.
Tübingen 1950;

HUECK, Alfred -
NIPPERDEY, Hans Carl: Lehrbuch des Arbeitsrechts.
Bd. 2: Kollektives Arbeitsrecht von H.C. NIPPERDEY
6. Aufl.
Berlin Frankfurt a.M. 1957;

OESCHEY, Rudolf: Rechtsgestaltung durch Richterspruch.
AöR 68 - n.F. 29 - (1938), S. 40-57;

OETKER: Freiwillige Gerichtsbarkeit als Reichsaufgabe.
ZAkDR 1934, S. 58-61;

PALANDT: Bürgerliches Gesetzbuch. 20. Aufl.
München Berlin 1961;

PETERS, Casjen: Das echte Streitverfahren im Bereich des FGG.
MDR 1952, S. 137-141;

PETERS, Hans: Lehrbuch der Verwaltung.
Berlin Göttingen Heidelberg 1949;

" " Der Kampf um den Verwaltungsstaat.
Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit - Festschrift für Wilhelm LAFORET, S. 19-36,
München 1952;

" " Die Gewaltentrennung in moderner Sicht.
Köln Opladen 1954;

PETERS, Karl: Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters bei der Bestimmung der Strafrechtsfolgen.
Berlin 1932;

" " Reichsjugendgerichtsgesetz vom 6. Nov. 1943. 2. Aufl.
Berlin 1944;

" " Jugendstrafrecht in Caritas und Recht Heft 9.
Bonn 1948;

" " Strafprozeß.
Karlsruhe 1952;

" " In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des strafrichterlichen Ermessens im künftigen Strafgesetzbuch zu regeln (Ermessensfreiheit oder gesetzliche Bindung des Richters bei der Verhängung der Strafe und sonstiger Unrechtsfolgen)?
Gutachten in Verhandlungen des 41. Deut. Juristentages (1955) Bd. 1, 2. Halbbd., S. 5-56,
Tübingen 1955;

" " Anmerkung zum Urteil des BGH vom 14.6.1956 (JZ 1957, S. 63-64).
JZ 1957, S. 64-66.

Referenten-Denkschrift: Referenten-Denkschrift zur Vorbereitung eines Richtergesetzes.
Bundesjustizministerium
Köln 1954;

REUSS, Hermann: Das Ermessen.
DVBl 1953, S. 585-589;

" " Vom Wesen des Richtens.
DVBl 1955, S. 311-313;

RIDDER, Helmut K.J.: Empfiehlt es sich, die vollständige Selbstverwaltung aller Gerichte im Rahmen des Grundgesetzes gesetzlich einzuführen?
Verhandlungen des 40. Deut. Juristentages (1953)
Bd. 1 (Gutachten), S. 91-134,
Tübingen 1953;

" " Parlamentarische Demokratie und autoritärer Staat.
Diskus 1956 (Beilage), S. 123-130;

ROSENBERG, Leo: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. 8. Aufl.
München Berlin 1960;

ROTHE, Gerhard: Richterliches Ermessen und Gestaltungswirkung.
AcP 151 (1950/51), S. 33-42;

RUMPF, Helmut: Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung.
VVDStRL 14 (1956), S. 136-173;

RUSCHEWEYH, Herbert: Gedanken zum Rechtsweg in Justizverwaltungsangelegenheiten.
DVBl 1958, S. 687-691;

SAAGE, Erwin: Freiheitsentziehungsverfahren.
München Berlin 1958;

SARSTEDT, Werner: In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des strafrichterlichen Ermessens im künftigen Strafgesetzbuch zu regeln (Ermessensfreiheit oder gesetzliche Bindung des Richters bei der Verhängung der Strafe und sonstiger Unrechtsfolgen)?
Verhandlungen des 41. Deut. Juristentages (1955),
Bd. 2 (Sitzungsberichte), S. D 23 - D 53,
Tübingen 1956;

SAUER, Wilhelm: Grundlagen des Prozeßrechts. 2. Aufl.
Stuttgart 1929;

" " Juristische Methodenlehre.
Stuttgart 1940;

" " Allgemeine Prozeßrechtslehre.
Berlin Detmold Köln München 1951;

SCHEUNER, Ulrich: Zur Frage der Grenzen der Nachprüfung des Ermessens durch die Gerichte.
Verw. Arch. 33 (1928), S. 68-98;

" " Der Bereich der Regierung.
Rechtsprobleme in Staat und Kirche - Festschrift für Rudolf SMEND, S. 253-301,
Göttingen 1952;

" " Probleme und Verantwortungen der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik.
DVBl 1952, S. 293-298;

" " Die Selbständigkeit und Einheit der Rechtspflege.
DÖV 1953, S. 517-527;

" " Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung. Diskussionsbeitrag.
VVDStRL 14 (1956), S. 181-187;

SCHLEGELBERGER, Franz: Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. 7. Aufl.
Berlin Köln 1956;

" " Die Unabhängigkeit der Rechtspfleger.
Rpfleger 1957, S. 135-136;

SCHMIDT, Eberhard: Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz.
Teil I: Die rechtstheoretischen und die rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts.
Göttingen 1952,
Teil III: Erläuterungen zum Gerichtsverfassungsgesetz und zum Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz.
Göttingen 1960;

SCHMIDT, Eberhard: Richtertum, Justiz und Staat.
JZ 1953, S. 321-326;

SCHMIDT, Richard: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Aufl.
Leipzig 1906;

SCHMITT, Carl: Verfassungslehre.
München Leipzig 1928;

" " Der Hüter der Verfassung.
AöR 55 -n.F. 16 - (1929), S. 161-237;

SCHNEIDER, K.: Das Beschlußverfahren und die Rechtskraft in privatrechtlichen streitigen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
ZZP 29 (1901), S. 96-158;

SCHNEIDER, Peter: Zur Problematik der Gewaltenteilung im Rechtsstaat der Gegenwart.
AöR 82 (1957), S. 1-27;

SCHOLZ: Richtergesetz nur für den streitentscheidenden Richter?
DRiZ 1954, S. 228;

SCHOEN, Xaver: Sind Normenkontrollbeschlüsse revisionsfähig?
DÖV 1954, S. 46-47;

" " Die Normenprüfung durch den Verwaltungsgerichtshof. Gedächtnisschrift für Walter JELLINEK, S. 407-418,
München 1955;

SCHÖNKE, Adolf - SCHRÖDER, Horst: Strafgesetzbuch. 11. Aufl.
München Berlin 1963;

SCHÖNKE, Adolf - SCHRÖDER, Horst - NIESE, Werner: Lehrbuch des Zivilprozeßrechts. 8. Aufl.
Karlsruhe 1956;

SCHORN, Hubert: Die Stellung des Rechtspflegers und seine Unabhängigkeit nach dem Rechtspflegergesetz.
Rpfleger 1957, S. 267-269;

SCHRÖDER, Horst: Die Vereinheitlichung der Strafe und der sichernden Maßnahmen.
ZStW 66 (1954), S. 180-192;

SCHRÖDER, Horst: In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des strafrichterlichen Ermessens im künftigen Strafgesetzbuch zu regeln (Ermessensfreiheit oder gesetzliche Bindung des Richters bei der Verhängung der Strafe und sonstiger Unrechtsfolgen)?
Gutachten in Verhandlungen des 41. Deut. Juristentages. Bd. 1, 2. Halbbd., S. 61-99,
Tübingen 1955;

SCHWAB, Leopold: Das Verhältnis der freiwilligen Gerichtsbarkeit zur streitigen Gerichtsbarkeit - eine Frage der Verfahrensart.
Diss. jur. Bonn 1960;

SCHWARZ, Fritz: Bericht über die Tagung deutscher Zivilrechtslehrer in Bad Bertrich vom 17.-19. Okt. 1952.
AcP 152 (1952/53), S. 445-457;

SEIDEL: Grundsätzliche Gedanken über eine große Justizreform.
DRiZ 1956, S. 141-145;

SMEND, Rudolf: Verfassung und Verfassungsrecht.
München Leipzig 1928;

SOERGEL, Hs. Th. - SIEBERT, W.: BGB - I. Band, §§ 1-432. 9. Aufl.
Stuttgart 1959;

von STAFF, A.: Rechtspflege.
WBRW Bd. 4, S. 719-727,
Berlin Leipzig 1927;

Art. 102-104. Richter.
Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung. Bd. 1, S. 54-104;

STAHL, Friedrich Julius: Die Philosophie des Rechts.
Bd. 2: Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung.
Abt. 2: Die Staatslehre und die Prinzipien des Staatsrechts.
Heidelberg 1870;

STEIN, Friedrich: Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung.
Tübingen 1912;

STEIN, Friedrich -
JONAS, Martin -
SCHÖNKE, Adolf -
POHLE, Rudolf: Kommentar zur Zivilprozeßordnung.
Begründet von Ludwig GAUPP. 18. Aufl. Bd. 1
Tübingen 1953;

STIER-SOMLO, Fritz: Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung.
Staatsrechtliche Abhandlungen -
Festgabe für Paul LABAND. Bd. 2, S. 443-514,
Tübingen 1908;

" " Justiz und Verwaltung.
Handbuch der Politik.
Bd. 1: Die Grundlagen der Politik. 3. Aufl.
Berlin Leipzig 1920;

STRAUSS, Walter: Die rechtsprechende Gewalt im Bonner Grundgesetz.
SJZ 1949, Sp. 523-532;

" " Das Rechtspflegergesetz.
Rpfleger 1957, S. 131-134;

SZIELASKO, Max: Prozeß und freiwillige Gerichtsbarkeit.
Diss. jur. Königsberg i. Pr. 1928;

THOMA, Richard: Besprechung des Werkes von Rudolf von LAUN:
"Das freie Ermessen und seine Grenzen".
Verw.Arch. 20 (1912), S. 444-453;

" " Die Funktionen der Staatsgewalt.
Grundbegriffe und Grundsätze.
HdbDStR Bd. 2 (1932), S. 108-159;

" " Das System der subjektiven öffentlichen Rechte und
Pflichten.
HdbDStR Bd. 2 (1932), S. 607-623;

TÖWE: Die Gerichtsverfassung im neuen Staat.
DRiZ 1935, S. 265 ff.;

TRIEPEL, Heinrich: Die Reichsaufsicht.
Berlin 1917;

" " Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern.
Festgabe der Berliner Jurist. Fakultät für Wilhelm KAHL.
Tübingen 1923;

TUREGG, Egon Freiherr v.: Gerichte.
NJW 1953, S. 1201-1204;

ULE, Carl Hermann: Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht.
Gedächtnisschrift für Walter JELLINEK, S. 309-330, München 1955;

" " Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 19.12.1957 (JZ 1958, S. 625-628).
JZ 1958, S. 628-630;

" " Verwaltungsgerichtsbarkeit.
M. von BRAUCHITSCH - Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder.
Neu herausgegeben von C.H. ULE.
Bd. 1, 2. Halbbd.
Köln Berlin 1960;

UNGER, A.: Die Rechtsmittel im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach Reichsrecht.
ZZP 34 (1905), S. 233-344;

VOLKMAR: Wandlung der Aufgaben des Richters und Erweiterung des Gebiets der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
ZAkDR 1937, S. 634-637;

WACH, Adolf: Handbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts.
Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft. Herausgegeben von Karl BINDING. 9. Abt., 2. Teil, Bd. 1
Leipzig 1885;

WACKE, Gerhard: Die Erstattung von Gutachten durch den Bundesfinanzhof mit einer vergleichenden Betrachtung der Gutachtertätigkeit der anderen Gerichte.
AöR 83 - n.F. 44 - (1958), S. 309-355;

WAGNER, Albrecht: Der Richter.
Karlsruhe 1959;

WEBER, Helmut: Das Verhältnis der freiwilligen zur streitigen Gerichtsbarkeit, eine Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs oder der sachlichen Zuständigkeit.
Diss. jur. Erlangen 1960;

WEINKAUFF, Hermann: Grundsätzliches zu der Referenten-Denkschrift über das künftige Richtergesetz.
DRiZ 1954, S. 227;

" " Das Volk näher ans Recht heranführen.
Vortrag zur Großen Justizreform.
Frankfurter Allgemeine Zeitung
v. 12. 7. 1961, Nr. 158, S. 11;

WEISSLER: Freiwillige Gerichtsbarkeit.
WBStVR Bd. 1, S. 848-854;

WERTENBRUCH, Wilhelm: Registereintragungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit als Verwaltungsakte.
DÖV 1958, S. 732-736;

" " Die Begriffe: Beamter, Richter, Soldat auf bundesrechtlicher Grundlage.
Zugleich ein Beitrag zur Gewaltenteilungslehre.
DÖV 1960, S. 672-680;

WESTERMANN, Harry: Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht.
Münster/Westf. 1955;

WIEACKER, Franz: Richtermacht und privates Rechtsverhältnis.
Eine Übersicht über den Stand der Problematik im Privatrecht.
AöR 68 - n.F. 29 - (1938), S. 1-39;

" " Gesetz und Richterkunst.
Zum Problem der außergesetzlichen Rechtsordnung.
Karlsruhe 1958;

WIECZOREK, Bernhard: Zivilprozeßordnung und Nebengesetze.
Bd. I Teil 1: ZPO, 1. Buch: Allgemeine Vorschriften §§ 1-107,
Bd. V: Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetze,
Berlin 1957;

WOLFF, Hans J.: Die Voraussetzungen eines "besonderen Verwaltungsgerichts", dargestellt am Beispiel der Spruchkammern bei den Oberversicherungsämtern.
MDR 1951, S. 67-71;

WOLFF, Hans J.: Verwaltungsrecht, I. 5. Aufl.
München Berlin 1963;

ZÖLLER, Richard: ZPO mit GVG und Nebengesetzen.
Bearbeitet von Walter KARCH - Franz SCHERÜBL - Richard ZÖLLER 9. Aufl.
München 1958.

Vermerk:
Die Unterstreichungen im Schrifttumsverzeichnis geben die abgekürzte Zitierweise wieder.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Band und Seite).
AO	Reichsabgabenordnung.
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Band und Seite).
BayGVBl	Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Bayern (Jahr und Seite).
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht.
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof.
Betriebsverf.	Die Betriebsverfassung (Zeitschrift, zitiert nach Jahr und Seite).
BFH	Bundesfinanzhof.
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (zitiert nach Band und Seite).
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (zitiert nach Band und Seite).
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht.
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht.
Die Grundrechte	Herausgegeben von K.A. BETTERMANN, H.C. NIPPERDEY und U. SCHEUNER. 3. Band, 2. Halbbd.: Rechtspflege und Grundrechtsschutz, Berlin 1959.
Die Grundrechte und die Grundpflichten der Reichsverfassung	Herausgegeben von H.C. NIPPERDEY. 1. Band: Allgemeine Bedeutung der Grundrechte und die Artikel 102-117, Berlin und Mannheim 1929.
Diss.	Dissertation.
DNotV	Zeitschrift des Deutschen Notarvereins (Jahr und Seite).
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift (Jahr und Seite).
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Jahr und Seite).
DRG	Deutsches Richtergesetz vom 8. 9. 1961.
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (Jahr und Seite).
DRW	Deutsche Rechtswissenschaft, Vierteljahresschrift der Akademie für Deutsches Recht (Jahr und Seite).
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt (Jahr und Seite).
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898 in der Fassung des Gesetzes vom 18. Mai 1957.
Fin. Arch.	Finanzarchiv (Jahr und Seite).

Gruch. Beitr.	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, in besonderer Beziehung auf das Preußische Recht mit Einschluß des Handels- und Wechselrechts. Begründet von Dr. J. A. GRUCHOT. (Band und Seite).
Grünhuts Zeitschr.	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von C. S. GRÜNHUT. (Band und Seite).
HausratsVO	Verordnung über die Behandlung der Ehewohnung und des Hausrats nach der Scheidung (6. DurchführungsVO zum Ehegesetz vom 21. Okt. 1944 in der Fassung des Gesetzes vom 26. Juli 1957).
HdbDStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts. Herausgegeben von Gerhard ANSCHÜTZ und Richard THOMA. 2. Band Tübingen 1932.
HdbPol	Handbuch der Politik. 1. Band: Die Grundlagen der Politik. 3. Aufl. Berlin Leipzig 1920.
Hess. StGH	Staatsgerichtshof für das Land Hessen.
Jahrb. öff. R.	Jahrbuch des öffentlichen Rechts (1907-1938; neue Folge seit 1951) (Band und Seite).
JGG	Jugendgerichtsgesetz vom 4. 8. 1953.
JR	Juristische Rundschau (Jahr und Seite).
Justiz und Verfassung	Sonderveröffentlichungen des Zentral-Justizblattes für die Britische Zone. 4. Band Hamburg 1948.
JWG	Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt vom 9. Juli 1922.
JZ	Juristenzeitung (Jahr und Seite).
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Band und Seite).
L.-M.	LINDENMAIER - MÖHRING, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes.
LPG	Gesetz über das landwirtschaftliche Pachtwesen vom 25. Juni 1952.
LVG	Landesverwaltungsgericht.
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr und Seite).
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite).
NZfA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Jahr und Spalte).
OVG Mst	Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster/Westf..
OWG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten in der Fassung des Gesetzes vom 26. Juli 1957.

R-St-W	Recht-Staat-Wirtschaft. Schriftenreihe für Staatswissenschaftliche Fortbildung, herausgegeben von H. WANDERSLEB. 2. Band, Stuttgart und Köln 1950.
RechtspflG	Gesetz über Maßnahmen auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung und des Verfahrensrechts (Rechtspflegergesetz vom 8. Februar 1957).
RelKErzG	Gesetz über die religiöse Kindererziehung vom 15. Juli 1921.
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (Band und Seite).
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band und Seite).
RheinZ	Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht (Jahr und Seite).
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger (Jahr und Spalte bzw. in späteren Jahrgängen Seite).
SJZ	Süddeutsche Juristen-Zeitung (Jahr und Spalte).
StuW	Steuer und Wirtschaft (Zeitschrift, zitiert nach Jahr und Spalte).
Verw. Arch.	Verwaltungsarchiv (Band und Seite).
Verw. Rspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland. Sammlung oberstrichterlicher Entscheidungen aus dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht. Herausgegeben von G. ZIEGLER (Band und Seite).
VHG	Gesetz über die richterliche Vertragshilfe vom 26. März 1952.
VOBl. BritZ	Verordnungsblatt für die Britische Zone.
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Heft und Seite).
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960.
WEG	Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht vom 15. März 1951.
WBRW	Wörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Fritz STIER-SOMLO und Alexander ELSTER. 4. Band, Berlin Leipzig 1927.
WBStVR	Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts. Begründet von K. Freiherr von STENGEL, 2. Aufl. herausgegeben von Max FLEISCHMANN. 1. Band (A-F) 1911, 3. Band (O-Z) 1914 Tübingen.

WRV	Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919 (Weimarer Reichsverfassung).
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (Jahr und Seite).
ZgesStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft (Band und Seite).
ZJBl. BZ	Zentral-Justizblatt für die Britische Zone (Jahr und Seite).
ZStrW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Band und Seite).
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß, begründet von H. BUSCH (Band und Seite).

DIE PROBLEMSTELLUNG

Die freiwillige Gerichtsbarkeit (= f. G.) hat lange Zeit am Rande wissenschaftlicher Bemühungen gestanden; erst die neueren Reformarbeiten, wie das am 5. Februar 1957 in Kraft getretene Rechtspflegergesetz und die in Angriff genommene große Justizreform, haben diesen Zweig gerichtlicher Tätigkeit wieder in den Vordergrund gerückt [1].

Die nachstehende Untersuchung wurde angeregt durch einen Disziplinarfall, in dem ein Vormundschaftsrichter wegen einer Maßregel, die er gemäß § 1631 Abs. II BGB zur Unterstützung der elterlichen Erziehung getroffen hatte, dienststrafrechtlich belangt wurde. Dieser Vorgang wirft die Frage nach der Stellung des Richters im Rahmen der f. G. auf und rührt damit eine Problematik an, die auch die Diskussionen um die geplante Justizreform beherrscht, denn die Antwort kann nicht erfolgen, ohne zuvor die Stellung der f. G. "im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Rechtsprechung" (K. A. BETTERMANN) festzulegen.

Die Klärung des Wesens der f. G. und der Stellung des Richters in ihrem Bereich ist so mit einer Mehrzahl von Problemen belastet. Die rechtssystematische Einordnung der f. G. unter die Staatsfunktionen setzt zunächst die grundsätzliche materielle Abgrenzung der Rechtsprechung von der Verwaltung voraus, die seit alters her umstritten ist und bis in die Gegenwart von verschiedenen Autoren als undurchführbar bezeichnet wird. Auch der Versuch, die Eigenart der f. G. begrifflich zu erfassen, unterliegt angesichts der vielfältigen Aufgaben, die dem Verfahren zugewiesen sind, erheblichen Schwierigkeiten und ist ebenfalls seit jeher Gegenstand zahlreicher Auseinandersetzungen. Die Kennzeichnung der f. G. an Hand grundsätzlicher Kriterien bedarf endlich einer ergänzenden Betrachtung nach den grundgesetzlichen Normen. Der Begriff der "rechtsprechenden Gewalt" in Art. 92 GG hat keine einheitliche Auslegung erfahren und ist gerade im Hinblick auf den zu untersuchenden richterlichen Tätigkeitsbereich nicht unbestritten.

Die Standortbestimmung der f. G. wird dann Aufschluß zu geben haben, ob ihr der Natur der Sache nach und gemäß den Bestimmungen des Grundgesetzes der Schutz der richterlichen Unabhängigkeit zukommt. Schließlich ist zu prüfen, welche Stellung der Richter der f. G. nach den Vorschriften der Landesverfassungen, des Gerichtsverfassungsgesetzes und des kürzlich verkündeten Richtergesetzes einnimmt.

---

1) Über die große Justizreform vgl. den jüngst gehaltenen Vortrag von H. WEINKAUFF, veröffentlicht in Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 12. 7. 1961, Nr. 158, S. 11. - Das am 8. 9. 1961 verkündete Richtergesetz hat den bei diesen Bestrebungen zutage getretenen Fragenkreis unberührt gelassen. Siehe hierzu Herbert ARNDT, Das Richtergesetz, DRiZ 1961, S. 198.

1. TEIL

BEGRIFF UND STELLUNG DER RECHTSPRECHUNG IM SYSTEM DER STAATSFUNKTIONEN

1. ABSCHNITT: Das Prinzip der Gewaltentrennung

1. Kapitel: Geschichtliche Entwicklung des Grundsatzes

Die vielfältigen Erscheinungen der staatlichen Tätigkeit werden in den modernen Verfassungen nach dem Prinzip der Gewaltentrennung unterschieden. Das System der Funktionenteilung ist damit an einen Grundsatz geknüpft, der dem Staatsrecht seit der Antike bekannt ist. Bereits Aristoteles hat ein Organisationsprinzip des Staates entwickelt, indem er die staatlichen Organe der damaligen griechischen Staaten: Rat, Behörden und Volksgericht unterschied und ihren Wirkungskreis untersuchte [1]. Damit war ein Unterscheidungsschema, die "trias politica", geprägt, die ein wesentlicher Grundsatz des späteren abendländischen Staatsdenkens wurde [2]. Das moderne Verfassungsleben wurde in entscheidender Weise von John Locke und in noch bedeutenderem Maße von Montesquieu beeinflußt. John Locke, der als der Begründer der liberalen Staatslehre angesehen wird, hat in seinem Werk: Two treatises on government (1690) bei der Betrachtung der englischen Staatsordnung die Staatsgewalt in mehrere materiell unterschiedene Teile, nämlich die constitutive, legislative, exekutive und foderative Tätigkeit und die königliche Prärogative gegliedert und diese Gewalten auf verschiedene Organe verteilt [3]. Diese Verfassungsorganisation hatte jedoch überwiegend theoretische Bedeutung, da dem Monarchen ein Anteil an allen staatlichen Funktionen - mit Ausnahme der constitutiven Gewalt - zustand, er also auch auf die gesetzgebende Gewalt Einfluß nehmen konnte [4]. In der Absicht, jegliche Machtkonzentration zu vermindern und einen Ausgleich unter den staatlichen Gewalten herbeizuführen, hat Montesquieu, beeinflußt von der englischen Verfassungsentwicklung, in seinem Werk De l'esprit des lois [5] nach materiellen Gesichtspunkten ein drei-

---

1) Georg JELLINEK, Allgem. Staatslehre, S. 596; R. THOMA, HdbDStR II, S. 111; O.W. KÄGI, Gewaltenteilungsprinzip, S. 15; Hans J. WOLFF, Verw.-recht, § 16 IIa, S. 56.

2) Durch diesen Hinweis soll nicht eine lineare Entwicklungsreihe zwischen dem Verfassungsdenken der Antike und der Moderne behauptet werden. Gegen eine solche Annahme insbesondere O.W. KÄGI a.a.O. S. 16; a.A.R. THOMA a.a.O.

3) O.W. KÄGI, Gewaltenteilungsprinzip, S. 46; Hans J. WOLFF, Verw.-recht, § 16 IIa, S. 56.

4) Georg JELLINEK, S. 602.

5) 1748, Buch XI, Kapitel 6; vgl. Montesquieu, Vom Geist der Gesetze in der Übersetzung von E. FORSTHOFF, Bd. 1, S. 214-229.

teiliges, der aristotelischen Gliederung entsprechendes Schema der Staatsgewalt herausgearbeitet [1]. Mit der Unterscheidung der Staatstätigkeit in die gesetzgebende, vollziehende und rechtsprechende Gewalt verband Montesquieu das verfassungspolitische Postulat, das eine umwälzende Neuerung darstellte, diese wesensmäßig verschiedenen Funktionen auf voneinander getrennte Organe zu sondern [2]. Diese - andeutungsweise wiedergegebenen - Gedanken Montesquieus haben mit dogmatischer Kraft das Verfassungsleben der Folgezeit bestimmt [3].

2. Kapitel: Die Staatsfunktionen im formellen und im materiellen Sinne

Alle Bemühungen der Staatslehre, die Tätigkeitsäußerungen des Staates zu systematisieren, gingen von einer konkreten Situation eines Staates aus. Auch Montesquieu suchte aus den Wirkungskreisen der bestehenden Organe eine materielle Funktionsunterscheidung abzuleiten [4]. Die baldige Erkenntnis in der späteren Zeit, daß der Grundsatz der Gewaltentrennung in voller Reinheit in keiner Verfassung verwirklicht war, führte zu einer Unterteilung der Begriffe Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung in jeweils eine materielle und eine formelle Kategorie [5]. Es wird somit nicht mehr wie noch in den Lehren Montesquieus die Tätigkeit einer bestimmten Organgruppe mit der Staatsfunktion gleichgesetzt. Das Kriterium für diese Gegenüberstellung der Staatsakte im materiellen und im formellen Sinne liegt im "Inhalt" und in der "Quelle und Gestalt" der einzelnen staatlichen Betätigung [6].

---

1) Entgegen der h.M. sieht Hans J. WOLFF, § 16 II a, S. 56 bei Montesquieu noch nicht die Dreiteilung in Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung entwickelt.

2) Georg JELLINEK, S. 602 f.; Carl SCHMITT, Verfassungslehre, S. 184 f.; O.W. KÄGI, S. 53 f. .

3) So z.B. Art. 16 der franz. Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789: "Jede soziale Ordnung, in der die Garantie der Grundrechte nicht sichergestellt und die Trennung der Gewalten nicht bestimmt ist, hat keine Verfassung" (zitiert bei Carl SCHMITT, Verf.-lehre, S. 39, 127 u. Hans PETERS, Die Gewaltentrennung, S. 9).

4) Georg JELLINEK, S. 604; H. RUMPF, Verwaltung und Verw.-rspr., VVDStRl 14, S. 148.

5) Einen bahnbrechenden Beitrag zu dieser Unterscheidung hat Georg JELLINEK (S. 609 ff). geleistet.

6) R. THOMA, Grundbegriffe und Grundsätze, HdbDStR Bd. II, S. 124; O.W. KÄGI, Gewaltenteilungsprinzip, S. 159; siehe auch Hans J. WOLFF, § 16 II c, S. 57.

3. Kapitel: Der Grundsatz der Gewaltentrennung und die Lehre von den Staatsfunktionen

Der Umstand, daß Montesquieu in seinem Werk nur am Rande Erwägungen über den Gegenstand der einzelnen von ihm unterschiedenen Gewalten anstellt, offenbart, daß im Vordergrund seiner Gedanken nicht eine begriffliche Durchbildung des Staatsrechts, sondern verfassungspolitische Vorstellungen standen [1]. So wurde die Konzeption Montesquieus erst in der Folgezeit zu juristischen Begriffen, zu einer nach wissenschaftlichen Kriterien gewonnenen Aufgliederung der Staatsgewalt [2]. Diese Verbindung politischer Forderungen mit einer rationalen Staatsbetrachtung erhellt gleichzeitig, daß das Prinzip der Gewaltentrennung nicht apriorischer Natur ist [3]. Stellt die "Funktionen-Dreiheit" (M. IMBODEN) der herrschenden Staatsrechtslehre mithin kein Dogma dar, wie es wohl in dem Staatsdenken der Vergangenheit aufgefaßt wurde [4], so ist sie doch "ein sinnreiches Mittel der Staatsgestaltung", das der Sicherung der Freiheit des einzelnen Staatsbürgers und einem klaren Staatsaufbau dient [5]. Auf Grund des empirischen Ursprungs der Theorie der Gewaltentrennung ist allerdings das Verhältnis der Staatsfunktionen zueinander dem geschichtlichen Wechsel unterworfen und somit für jede Verfassungsepoche erneut zu untersuchen [6].

2. ABSCHNITT: Die Gewaltentrennung als Strukturprinzip des Grundgesetzes

Auch die Verfassung der Bundesrepublik Deutschland ist gekennzeichnet durch den Grundsatz der Gewaltentrennung. Dieser Gedanke ist im Grundgesetz an verschiedenen Stellen zum Ausdruck gekommen. Nach Art. 20 Abs. 2 GG wird alle Staatsgewalt durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt

---

1) Georg JELLINEK, S. 605; Adolf ARNDT, Richter, Gericht und Rechtsweg in der Reichsverfassung, AöR 60, S. 189 ff.; O.W.KÄGI, S. 54, 172.

2) Adolf ARNDT a.a.O. S. 191; M. IMBODEN, Montesquieu und die Lehre der Gewaltentrennung, S. 14.

3) O.W. KÄGI, S. 243 f.; O. KÜSTER, Das Gewaltenproblem, AöR 75, S. 398; Hans PETERS, Die Gewaltentrennung, S. 33.

4) Siehe den angeführten Art. 16 der franz. Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789.

5) O. KÜSTER, AöR 75, S. 398; Hans PETERS, Die Gewaltentrennung, S. 23; M. IMBODEN, S. 11.

6) Ernst FORSTHOFF, Verw.-recht, S. 2.

und der Rechtsprechung ausgeübt [1]. Die rechtsprechende Staatsfunktion wird gemäß Art. 92 GG - unter besonderer Betonung der Unabhängigkeit der Richter (Art. 97 GG) - hervorgehoben. Auch der Aufbau des Grundgesetzes, in dem jeweils verschiedene Abschnitte der Gesetzgebung des Bundes (Abschn. VII), der Ausführung der Bundesgesetze und der Bundesverwaltung (Abschn. VIII) und der Rechtsprechung (Abschn. IX) gewidmet sind, weist auf die Idee der Gewaltenunterscheidung. Schließlich ist in dem Bekenntnis des Grundgesetzes (Art. 28) zum Prinzip des Rechtsstaates die bewußte Festlegung der Gewaltentrennung zu sehen. Zwar ist der Begriff des Rechtsstaates seinem Inhalt nach nicht eindeutig bestimmt; in der Verfassungsgeschichte und auch in der gegenwärtigen Staatsrechtspraxis werden verschiedene juristische Konzeptionen mit dem Rechtsstaatsbegriff verbunden, sie werden insbesondere durch die Beifügung einzelner Adjektive wie bürgerlich, republikanisch, sozial zu dem Wort "Rechtsstaat" sichtbar [2]. Unabhängig von der Erscheinungsform des Rechtsstaates, wie sie durch die genannten Beiworte umschrieben wird, werden jedoch bestimmte Prinzipien als seine wesentlichen Strukturelemente angesehen; zu ihnen gehört neben den Grundsätzen der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und der Kontrolle der Verwaltungstätigkeit durch unabhängige Gerichte die Idee der Gewaltentrennung [3]. Zwar hat man in dieser Inhaltsbestimmung eine Formalisierung des Begriffs gesehen [4] und dem Bekenntnis des Grundgesetzes zum Rechtsstaat einen materialen Gehalt, nämlich die Verwirklichung und Sicherung der Gerechtigkeit, beigelegt, aber dieses Ziel wird, wie O. BACHOF [5] zu Recht bemerkt, doch nur durch die formalen Elemente gewährleistet. Die Gewaltentrennung ist mithin auch ein Grundsatz der geltenden Verfassung, der im Grundgesetz verankerten freiheitlichen demokratischen Grundordnung [6].

---

1) Vgl. weiterhin Art. 1 Abs. III, 20 Abs. III GG.

2) H. RUMPF, Verw. u. Verw.-rspr., VVDStRL 14, S. 140 f. .

3) Carl SCHMITT, Verfassungslehre, S. 127; besonders klar Friedrich KLEIN, ZgesStW 106, S. 406; Hans PETERS, Die Gewaltentrennung, S. 23; E.R. HUBER, Wirtsch.-Verwaltungsrecht, S. 580; F.A. v.d. HEYDTE, Richterfunktion und Richtergesetz, Gedächtnisschrift für Walter JELLINEK, S. 503. Ausführlich über die Elemente des Rechtsstaatsprinzipes E. FORSTHOFF, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12, S. 16; O. BACHOF ebenda, S. 38.

4) E. FORSTHOFF, Verw.-recht, S. 4; Hans PETERS, Die Gewaltentrennung, S. 11.

5) Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12, S. 39; im Ergebnis ebenso Hans PETERS a.a.O. S. 23.

6) BVerfGE 2, S. 1, 13; siehe auch Hans J. WOLFF, Verw.-recht, § 11 II b, S. 43.

3. ABSCHNITT: Die Trennung der Rechtsprechung von der Verwaltung

1. Kapitel: Terminologische Fragen

Die Bezeichnungen "Justiz", "Gerichtsbarkeit", "Rechtspflege" und "Rechtsprechung" werden im rechtswissenschaftlichen Schrifttum und in der Judikatur in unterschiedlicher Weise verwandt. Die Literatur insbesondere der Vergangenheit hat nicht zur Bildung exakter und klarer Begriffe beigetragen. So werden die Ausdrücke "Rechtsprechung" und "Rechtspflege" [1] oder "Justiz" und "Rechtsprechung" [2] gleichgesetzt. Es findet sich sogar eine Identifizierung aller genannten Bezeichnungen [3]. Zu Recht hat Ch.-F. MENGER die begriffliche Verwirrung auf diesem Gebiet der Allgemeinen Staatslehre um "terminologisches Chaos" genannt [4]. Im folgenden soll im Anschluß an eine sich allmählich entwickelnde einheitliche Terminologie [5] eine Klärung und Festlegung der Begriffe versucht werden. Die Justiz soll als ein organisatorisch-ressortmäßiger Begriff die Tätigkeit der Behörden bezeichnen, die dem Justizministerium unterstellt sind [6]. Da die wichtigsten Organe der Justiz die ordentlichen Gerichte sind, bezieht sich diese Bezeichnung vor allem auf die Tätigkeit der Zivil- und der Strafgerichte. Der Begriff gibt keine Aussage über den Inhalt der Tätigkeit und ist daher formeller Natur. Besonders vielfältig ist die Verwendung des Ausdrucks "Gerichtsbarkeit", er umfaßt sowohl eine bestimmt geartete Tätigkeit der Gerichte, d.h. vor allem jede Art richtender Tätigkeit, als auch eine Machtbefugnis, nämlich die Gerichtsgewalt. Sein Inhalt soll beschränkt werden auf die Gerichtshoheit, d.h. auf die Wahrnehmungszuständigkeit der Gerichte [7]. Im Anschluß an eine jetzt wohl überwiegende Meinung ist unter "Rechtspflege" die Tätigkeit zu verstehen, die den Gerichten jeglicher Art und der Staatsanwaltschaft obliegt [8]. Die Verwendung

---

1) Z.B. G. MATTERN, Steuerstrafgerichtsbarkeit, StuW 1950, Sp. 351 ff. .

2) Z.B. F. FLEINER, Institutionen, S. 7 ff. .

3) H. KELSEN, Allg. Staatslehre, S. 242, 259 f.; O. MAYER, Verw.-recht, S. 5; neuerdings noch E. FORSTHOFF, Verw.-recht S. 4.

4) Ch.-F. MENGER, System, S. 21.

5) Vgl. insbesondere die Untersuchungen von E. FRIESENHAHN, Justiz u. Verw.-rechtsschutz, Justiz u. Verfassung, S. 103-105; E. KERN, Gerichtsverfassungsrecht, S. 7 ff.; Hans J. WOLFF, Verw.-recht, § 19, S. 65 ff. .

6) E. FRIESENHAHN a.a.O. S. 103; E. KERN, S. 8; Hans J. WOLFF, § 19 IV c, S. 70.

7) E. FRIESENHAHN a.a.O.; Hans J. Wolff, § 19 V, S. 71; E. KERN, S. 8.

8) E. FRIESENHAHN a.a.O. S. 104; E. KERN, S. 8; siehe auch z.B. K. KLEINRAHM, Justizreform und Grundgesetz, Rpfleger 1952, Sp. 5; F. GRÄBER, Das Wesen des "richterlichen" Geschäfts, DRiZ 1955, S. 7.

des Ausdrucks "Rechtspflege" durch Ch.-F. MENGER als "die Verwirklichung von Staats- und sonstigen öffentlichen Zwecken seitens der damit betrauten Staatsorgane durch das Mittel der Rechtsanwendung" hat vielfältigen Widerspruch [1] gefunden und ist von ihm inzwischen aufgegeben worden [2]. So stellt die Rechtspflege ebenfalls einen formellen Begriff dar, der von der materiellen Staatsfunktion der Rechtsprechung abgehoben ist.

2. Kapitel: Die allmähliche Loslösung der Rechtsprechung von der Verwaltung in der geschichtlichen Entwicklung

Eine Scheidung der verwaltenden von der richtenden Staatstätigkeit war dem Mittelalter unbekannt geblieben [3]. Auch der Aufgabenbereich des später gebildeten Reichshofrates beschränkte sich nicht auf gerichtliche Obliegenheiten im heutigen Sinne [4]. Noch im 18. Jahrhundert wurde die rechtsprechende Gewalt auf verschiedene Behörden verteilt, die neben diesen Aufgaben noch Verwaltungsgeschäfte zu erledigen hatten. Zwar zeigte sich in den letzten Jahrzehnten des Jahrhunderts eine Tendenz zur Trennung der Rechtsprechung von der Verwaltung doch erst zu Beginn des 19. Jahrhunderts wurden diese Pläne durch die Einrichtung reiner Justizbehörden, die aus den Regierungen erwuchsen, und durch die Gründung neuer Verwaltungsbehörden verwirklicht [5].

3. Kapitel: Wiederholte Leugnung einer inhaltlichen Verschiedenheit der beiden Staatstätigkeiten

Gerade unter Hinweis auf diese historischen Zusammenhänge wird verschiedentlich eine durchgreifende materielle Sonderung der Rechtsprechung von der Verwaltung in Abrede gestellt [6]. Zwar ist die Lehre von der Gewaltentrennung ursprüng-

---

1) K.A. BETTERMANN, Gedächtnisschrift für W. JELLINEK, S. 369 f.; C.H. ULE Besprechung des Werkes von Ch.-F. MENGER, AöR 80, S. 246.

2) in Verw.Arch. 49, S. 272.

3) A. von STAFF, Rechtspflege, WBRW Bd. 4, S. 751; Ernst FORSTHOFF, Verw.-recht, S. 26; U. SCHEUNER, Diskussionsbeitrag zu Verwaltung und Verw.-rspr., VVDStRL 14, S. 186; W. MERK ebenda S. 202. Diese Vorstellung ist noch heute im Kirchenrecht lebendig, nach dem die jurisdictio alle Amtsgewalt, nicht nur die richterliche Tätigkeit umfaßt; siehe dazu Georg JELLINEK, S. 599.

4) Georg JELLINEK, S. 600.

5) E. FORSTHOFF, Verw.-recht, S. 27.

6) E. KAUFMANN, Die Verwaltung im System der Gewaltenteilung, WBStVR Bd. 3, S. 695 f.; U. SCHEUNER, VVDStRL 14, S. 186; die Möglichkeit einer materiellen Unterscheidung zwischen Verw. und Rspr. wird weiter in Abrede

lich durch praktisch-politische Erwägungen motiviert und nicht auf begrifflichen Unterscheidungen aufgebaut, dennoch ist die Einteilung in die drei Funktionen "keine beliebige gedankliche Vorstellung" [1], sie hat sich vielmehr durch wachsende Erkenntnis als ein logisches Grundschema der Organisation eines Staates erwiesen [2]. Der Umstand, daß die Theorie der Gewaltentrennung aus der Erfahrung entwickelt wurde und nicht apriorischer Natur ist, vermag somit eine materielle Grenzziehung zwischen den beiden genannten Staatsfunktionen nicht auszuschließen [3]. So ist auch die sich erst allmählich vollziehende Verselbständigung der Gerichte von den Verwaltungsbehörden als ein Entwicklungsprozeß zu betrachten, in dem sich die fortschreitende Einsicht in den Bau des Staates und das Wesen seiner Rechtsordnung offenbart. Aus der geschichtlichen Entwicklung wird man daher Folgerungen für die Gegenwart nicht ableiten können [4]. - Eine inhaltliche Scheidung der beiden Staatsgewalten wird weiterhin oft mit dem Argument in Frage gestellt, daß derselbe Sachverhalt eine Behandlung sowohl durch die Verwaltung als auch durch die Rechtsprechung erfahren könne. Dieser Einwand wird an dem Beispiel einer baufälligen Mauer veranschaulicht, die sowohl Gegenstand einer polizeilichen Maßnahme als auch eines Zivilprozesses - etwa unter dem Gesichtspunkt der Erstattung der Reparaturkosten - sein könne [5]. Allein diese Ansicht übersieht, daß der äußere Anlaß für die beiden Staatstätigkeiten zwar gleich sein mag, das Objekt jedoch in sehr unterschiedlicher Beziehung von den jeweiligen Funktionen erfaßt wird. Auch der Hinweis, daß die Anfechtung einer irrtümlichen Willenserklärung bald durch private Willenserklärung (z.B. § 119 BGB), bald durch gerichtliche Klage (§ 30 EheG) geschehe [6], verkennt die sehr verschiedene rechtliche Ausgestaltung, die den beiden Sachverhalten zuteil geworden ist, und auf die es allein ankommt. So bleibt diese Betrachtung an der äußerlichen, tatsächlichen Erscheinung hängen, ohne ihren sehr verschiedenen juristischen Gehalt zu beachten. - Schließlich haben der Grundsatz der Gewaltentrennung und damit auch die Unterscheidung zwischen Rechtsprechung und Ver-

---

Fortsetzung der Fußnote 6 von Seite 7:
gestellt von K. KORMANN, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, S. 66; ders., Beziehungen zwischen Justiz und Verw., Jahrb. öff. R. 7, S. 4 f.; H. TRIEPEL, Reichsaufsicht, S. 136 ff.; neuerdings Ch.-F. MENGER, System, S. 50; E. GOSSRAU, Strafgewalt und die Bußgeldkompetenz von Verwaltungsbehörden, NJW 1958, S. 930.

1) M. IMBODEN, S. 12.
2) Georg JELLINEK, S. 595.
3) Dies gegen E. KAUFMANN, WBStVR Bd. 3 a.a.O. .
4) Ebenso W. MERK, VVDStRL 14, S. 202
5) Siehe dazu bei Adolf ARNDT, AöR 60, S. 208
6) So E. KAUFMANN, WBStVR Bd. 3, S. 695 ff. .

waltung entschiedenen Widerspruch durch die Vertreter der sog. reinen Rechtslehre gefunden [1]. Diese Ansicht, die die Erscheinungen des Rechtslebens nur unter dem Gesichtspunkt der Normerzeugung und der Normvollziehung sieht, erkennt einen anderen als organisatorischen Unterschied zwischen Rechtsprechung und Verwaltung nicht an, sieht vielmehr die beiden Staatsfunktionen als Erscheinungsformen des Normerzeugungsprozesses an. Entscheidend ist danach eine einheitliche Stufenordnung der Normen, ein "Erzeugungszusammenhang" von der Verfassung bis zum richterlichen Urteil. Einer solchen Ausdehnung des Normbegriffs ist widersprochen worden [2]. Bedeutsam ist vor allem die Kritik von C. SCHMITT [3], der im Recht die grundlegende Unterscheidung zwischen Ermächtigungsnormen und Normen, die eine abschließende Interessenbewertung enthalten und eine tatbestandsmäßige Subsumtion ermöglichen, vermißt. Schließlich vermag eine Rechtstheorie, die alle soziologischen Gegebenheiten außer acht läßt und lediglich bestrebt ist, ein rein normlogisches System zu errichten, nicht zur Lösung der eigentlichen Probleme des Rechtslebens beizutragen. [4]. Da dem Recht und seiner Wissenschaft aber gerade die Aufgabe obliegt, eine Ordnung des menschlichen Zusammenlebens herbeizuführen, ist diese Theorie zu Recht allgemein abgelehnt worden.

4. ABSCHNITT: Charakterisierung und Abgrenzung der Rechtsprechung gegenüber der Verwaltung

1. Kapitel: Gemeinsame Kennzeichen

Eine Betrachtung, die einen Weg zur begrifflichen Fixierung der Rechtsprechung und zu einer zutreffenden Würdigung ihres Verhältnisses zur Verwaltung weisen will, muß ihr Augenmerk notwendigerweise auf beide Zweige staatlicher Tätigkeit richten. Diese Erwägung lenkt den Gang der Untersuchung auf die Frage, in welcher Beziehung die beiden Funktionen zum Recht - im Sinne der geschriebenen und ungeschriebenen Rechtsordnung - stehen. Lassen sich Parallelen zwischen der Rechtsprechung als der im höchsten Maße dem Recht verpflichteten Funktion und der Verwaltung ziehen? Auch in der letztgenannten Staatstätigkeit findet

1) Vgl. insbesondere H. KELSEN, Allg. Staatslehre, S. 242; ders., Justiz und Verwaltung, S. 6 f.; A. MERKL, Allg. Verw.-recht, S. 21 ff., 34 ff. .
2) Z.B. U. SCHEUNER, Nachprüfung des Ermessens, Verw.Arch. 33, S. 82.
3) in Hüter der Verfassung, AöR 55, S. 189; ebenso H. RUMPF, VVDStRL 14, S. 154.
4) O. KOELLREUTTER, Rechtspflege und Verw., AöR 56, S. 429 Anm. 16.

sich verschiedentlich eine strenge Gebundenheit an das Gesetz, die besonders augenfällig auf dem Gebiet des Steuerrechts zutage tritt. In diesen Fällen ist das Handeln des Verwaltungsorgans bei Vorliegen eines dem gesetzlichen Tatbestande entsprechenden Sachverhalts durch den Rechtssatz eindeutig bestimmt. Bezieht sich also die Rechtsanwendung im Sinne einer unmittelbaren Feststellung oder Gestaltung eines Sachverhalts nach Maßgabe einer Norm nicht auf den Bereich der Rechtsprechung, so bietet sie auch keinen Ansatzpunkt für die Abgrenzung der beiden Funktionen [1].

Die Tätigkeit der Verwaltung erschöpft sich jedoch nicht in einer streng gebundenen Ausführung gesetzlicher Bestimmungen. Die Herrschaft des Rechtssatzes über die "zweite Gewalt" vollzieht sich vielmehr in vielfältiger Abstufung, die sich von völliger gesetzlicher Festlegung bis zur Freiheit von rechtssatzmäßiger Bindung erstreckt [2]. In diesem Rahmen [illegible] der die größte Freiheit eingeräumt ist, und die oft als das eigentliche Element des Funktionsbereiches angesehen wird, das quantitative Übergewicht. Bilden die exekutorischen Akte nur einen Ausschnitt aus dem weiten Gebiet der Verwaltung, stellen sie sogar die Ausnahme dar [3], so erhebt sich die Frage, an welchem Maßstabe sich das übrige Verwaltungshandeln zu orientieren hat. Eine Beantwortung kann nicht erfolgen, ohne die Stellung der öffentlichen Verwaltung im gegenwärtigen Staatsgefüge näher zu betrachten; sie ist zu Recht als "die mächtigste Realität in den modernen Staaten" bezeichnet worden [4]. Ihr "pflegender" oder "leistender" Aufgabenbereich ist gekennzeichnet durch die "Daseinsvorsorge", die als Inbegriff aller Leistungen der Verwaltung an die Staatsbürger zu verstehen ist [5]. Der Staat ist weitgehend zum Träger und Gestalter der Sozialordnung geworden, er gewährt elementare Lebensgüter, wie Gas, Wasser, Licht, Krankenversorgung und andere soziale Vorsorge aller Art, gleichzeitig trägt er zur allgemeinen Kultur- und Wirtschaftsförderung bei [6]. Eine solche weitgreifende, für große Bevölkerungskreise lebenswichtige Funktion darf nicht etwa nur Zweckmäßigkeitserwä-

---

1) E. FRIESENHAHN, Rechtsprechung, Festschrift für R. THOMA, S. 24; E. R. HUBER, S. 583; E. FORSTHOFF, Verw.-recht, S. 8 Ch.-F. MENGER, Rechtssatz, Verwaltung und Verw.-gerichtsbarkeit, DÖV 1955, S. 589; Hans J. WOLFF, § 19 I a, S. 66;

2) E. FORSTHOFF, S. 14; Erich BECKER, Verw. u. Verw.-rspr., VVDStRL 14, S. 101 ff.; Hans J. WOLFF, § 31, S. 131 ff.

3) Erich BECKER a.a.O.

4) Hans PETERS, Festschrift für W. LAFORET, S. 21.

5) E. FORSTHOFF, S. 322.

6) E. FORSTHOFF a.a.O.; Ch.-F. MENGER, DÖV 1955, S. 588; Hans J. WOLFF, § 11 II b, S. 42 ff.

gungen Folge leisten, sondern muß einem höheren Leitbild, dem Prinzip des Rechtes, verpflichtet sein [1]. Diese Begrenzung der Verwaltung ist nicht lediglich als eine Forderung zu verstehen, sondern hat bereits eine positive Festlegung in Art. 20 Abs. III GG, der die vollziehende Gewalt wie die Rechtsprechung an Gesetz und Recht bindet, und in Art. 28 Abs. I GG erfahren, der das Prinzip des Rechtsstaates für unser Staatswesen konstituiert und damit - bei einem materiellen Verständnis des Begriffs - die öffentliche Gewalt verpflichtet, der Gerechtigkeit zu dienen [2]. Die Rechtsgebundenheit bildet somit ein gemeinsames Charakteristikum der beiden großen Staatsfunktionen Rechtsprechung und Verwaltung.

Eine früher verbreitete Lehre suchte gerade aus der Stellung der Verwaltung zum Recht ein Abgrenzungsmerkmal gegenüber der Rechtsprechung zu gewinnen. Dieses Kriterium wurde in einem auf Friedrich Julius STAHL [3] zurückgehenden Satz gefaßt, nach dem der Rechtsprechung die Verwirklichung des Rechts Selbstzweck, der Verwaltung dagegen nur Mittel zum Zweck wäre, im Vordergrund ihrer Tätigkeit also die Forderung des Gemeinwohls stünde [4]. Die Kritik hatte diese Unterscheidung für die juristische Betrachtung dadurch abzuwerten gesucht, daß sie diesen Satz lediglich als eine psychologische Beobachtung werte [5]. Aber selbst diese Seite der These ist neuerdings angegriffen worden [6]. Danach verlaufe die Rechtsanwendung als Teil des gerichtlichen Prozesses, der schließlich zum Ausspruch der Rechtsfolge führe, beim Richter und Verwaltungsbeamten in gleicher Weise, sei also bei beiden Mittel zu einem Zweck, nämlich zum Auffinden der Entscheidung. Unter "Rechtsanwendung" sollte jedoch keineswegs ein Ausschnitt aus dem bezeichneten gerichtlichen Vorgang verstanden und damit auch nicht die Gleichheit des Syllogismus beim Richter und Verwaltungsbeamten bestritten werden [7]. Der Einwand dürfte daher dem Sinngehalt dieser ein wenig

---

1) E. FORSTHOFF, S. 4; Erich BECKER, VVDStRL 14, S. 102 f. .

2) Ziel des sozialen Rechtsstaates und damit auch Aufgabe seiner Verwaltungsorgane ist, die verschiedenen im öffentlichen Leben auftretenden Interessen auszugleichen und die persönliche und sachliche Gemeinschaft zu gewährleisten.

3) Die Philosophie des Rechts, Bd. 2, 2. Abt., S. 608.

4) F. STEIN, Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung, S. 2; F. FLEINER, Institutionen, S. 7; Hans PETERS, Verw.-recht, S. 5.

5) K. KORMANN, Jahrb. öff. R. 7, S. 4; ebenso E. BOTTICHER, ZZP 64, S. 268; G. MATTERN, Steuerstrafgerichtsbarkeit, StuW 1950, Sp. 357.

6) K.A. BETTERMANN, Gedächtnisschrift für Walter JELLINEK, S. 368.

7) F. FLEINER (a.a.O. S. 7), der das obige Kriterium verwendet, führt ausdrücklich die übereinstimmende Art der Rechtsfindung in Rechtsprechung und Verwaltung an.

formelhaften Wendung nicht gerecht werden. - Die beabsichtigte Grenzziehung wird sichtbarer, legt man eine von Ernst FORSTHOFF [1] gepragte Formulierung zugrunde, nach der das Recht für die Verwaltung Schranke des Dürfens sei. Diese Ansicht sieht demnach das Recht nicht als die eigentliche Grundlage der Verwaltung an, deren Richtschnur ist vielmehr "die Zweckmäßigkeit und Nützlichkeit"[2]. Das Recht ist im Gegensatz zur Rechtsprechung nur eine Randerscheinung im Rahmen der Verwaltungstatigkeit. Eine solche Betrachtung des Verhaltnisses der beiden Staatsfunktionen zum Recht entsprach, wie Ernst FORSTHOFF [3] nachgewiesen hat, bestimmten sozialen und verfassungsrechtlichen Gegebenheiten. Diese Situation war gekennzeichnet durch die Stellung der bürgerlichen Gesellschaft und des Staates als nach eigenen Gesetzen lebende Machttrager. die Verwaltung war lediglich ein regulierender "Ordnungsgarant" (Hans J. WOLFF) [4] des selbständig ablaufenden Sozialebens. Aber die Beziehung des Staates zur Sozialordnung und die verfassungsrechtliche Situation haben inzwischen - wie dargelegt - einen grundlegenden Wandel erfahren, der in der Folge zur Bindung der Verwaltung an das Rechtsprinzip führte [5]. Damit ist eine Antithese der Rechtsprechung und der Verwaltung in der Form des untersuchten Kriteriums nicht mehr durchführbar [6].

---

1) Verw.-recht, S. 3.

2) F. FLEINER a.a.O.

3) Verw.-recht, S. 3.

4) Verw.-recht, S. 44, 34; Ch.-F. MENGER, DÖV 1955, S. 587.

5) Siehe z.B. auch Eberhard SCHMIDT, Lehrkommentar Teil I, Bem. 389, S. 208. - Gegen die Unterscheidung STAHLs auch noch Hans J. WOLFF, Verw.-recht, § 19 I a, S. 66 und Ch.-F. MENGER, System, S. 25 ff., die darauf hinweisen, daß bei rechtsimmanenter Betrachtung Rechtsprechung wie Verwaltung der Rechtsverwirklichung dienen, indem sie Rechtssätze vollziehen, wahrend beide bei rechtstranszendenter Betrachtung mit den Mitteln des Rechts die Realisierung öffentlicher Interessen erstreben.

6) Hier offenbart sich die erwähnte Wandelbarkeit des Verhältnisses der Staatsfunktionen zueinander. - Inwieweit durch die Verlagerung einzelner Aufgaben von verwaltenden Organen auf rechtsprechende oder umgekehrt eine Berichtigung oder Verwischung der Grenzen zwischen den beiden Funktionen eingetreten ist, muß späterer Untersuchung vorbehalten bleiben.

2. Kapitel: Unterschiede zwischen den beiden Funktionen

a) Das Ermessen als Kriterium

Steht also auch die "vollziehende Gewalt" auf der Grundlage des Rechts, so ist mit dieser Feststellung jedoch noch nicht das spezifische Verhältnis der Verwaltung zum Rechtssatz erfaßt, das - wie oben gezeigt - durch vielfache Abstufungen der Bindung charakterisiert ist. Gerade die Untersuchung dieser Frage hat Aufschluß darüber zu geben, ob sich aus der Stellung zum geschriebenen Gesetz eine sachliche Eigenart der Verwaltung ergibt, die sie von der Rechtsprechung abhebt. Das Wirken der Verwaltungsorgane auf weiten Gebieten ist gekennzeichnet durch den Begriff des Ermessens. Dagegen glaubte Montesquieu die Besonderheit der dritten Gewalt dadurch umschreiben zu können, daß er den Richter als einen "Subsumtionsautomaten" ansah, dessen Urteilssprüche niemals etwas anderes als eine genaue Formulierung des Gesetzes seien [2]. Sehr bald erkannte man allerdings, daß eine lückenlose Normenordnung, die alle möglichen Konfliktssituationen ausschöpfte, nicht errichtet werden konnte. Mit dieser Einsicht entfiel die Vorstellung, daß der Richter bloß erkennend und subsumierend tätig werde [3]. Finden sich somit auch bei der Gesetzesanwendung durch den Richter volitive Elemente, eine ermessende Geistestätigkeit, so bedarf es einer näheren Betrachtung des als Ermessen bezeichneten Vorgangs und seiner Bedeutung in Rechtsprechung und Verwaltung. Gerade dieser Begriff ist - besonders im Schrifttum der letzten Jahre - heftig umstritten, so daß vor einer weiteren Untersuchung seine Abgrenzung und begriffliche Klärung erforderlich erscheinen. Alle im einzelnen sehr unterschiedlichen Auffassungen kommen in der Erkenntnis überein, daß das Ermessen "ein Akt individueller Beurteilung zur Herbeiführung einer von mehreren als gleichwertig hinzunehmenden Entscheidungen ist" [4]. Einer weiteren bisher sehr verbreiteten Differenzierung dieser Freiheit des Gesetzesanwenders in das sog. freie und gebundene Ermessen ist dagegen nicht Folge zu leisten. Eine solche

---

1) P. BOCKELMANN, Festschrift für R. SMEND, S. 20; D. LEISCH, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen, AöR 82, S. 169.

2) Montesquieu in der Übersetzung von E. FORSTHOFF, Bd. I, S. 217. Gegen diese Auffassung besonders W. SAUER, Jurist. Methodenlehre, § 30 II 1, S. 231.

3) Siehe dazu insbes. F. WIEACKER, Gesetz und Richterkunst, S. 5 ff.,

4) Karl PETERS, Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters, S. 19; H. DROST, Das Ermessen des Strafrichters, S. 18; K. von LAUN, Bemerkungen zum freien Ermessen, Festschrift für H. KRAUS, S. 139; E. FORSTHOFF, S. 74; Hans J. WOLFF, § 31 II, S. 136; MAUNZ-DÜRIG, Grundgesetz, Art. 20, Bem. 120.

Ausdrucksweise verdeckt den Umstand, daß jedes Ermessen einerseits innerhalb bestimmter Grenzen frei und andererseits einem Richtigkeitsmaßstab verpflichtet ist [1]. - Wird eine solche Unterscheidung abgelehnt, so bedeutet dies nicht, daß das Ermessen eine einheitliche Erscheinung ist, die einer weiteren Differenzierung unter rechtlichen Gesichtspunkten unzugänglich ist. Zu Recht ist darauf hingewiesen worden, daß unter diesen Begriff heterogene Erscheinungen zusammengefaßt werden, die zu trennen sind [2].

Zergliedert man den Prozeß, der jeder Anwendung einer Norm zugrunde liegt, in seine wesentlichsten Verfahrensabschnitte, so wird man die drei Vorgänge der Sachverhaltsermittlung, der eigentlichen Anwendung des Rechtssatzes und die Bestimmung der Rechtsfolge unterscheiden können [3]. - Betrachtet man zunächst den Bereich der Sachverhaltsfeststellung, so ergibt sich, daß im Rahmen dieser Tätigkeit ein wählendes Verhalten ausgeschlossen ist [4]. Nicht selten bereitet die Erforschung der in der Vergangenheit liegenden Tatsachen und Vorgänge erhebliche Schwierigkeiten und läßt verschiedene Deutungen offen. Es besteht jedoch bei der Beurteilung des vergangenen Geschehnisses nicht die Möglichkeit mehrerer gleichwertiger Lösungen, sondern die Entscheidung ist vielmehr nach bester innerer Überzeugung, d.h. meistens nach der Regel der größeren Wahrscheinlichkeit, zu fällen, "denn die Tatsachen stehen eindeutig fest, und nur eine von mehreren widersprechenden Auffassungen kann richtig sein" [5]. Besteht über diesen Punkt allgemeine Übereinstimmung, so herrschen erhebliche Meinungsverschiedenheiten

---

1) Zweifel an der Richtigkeit einer solchen Unterscheidung schon bei H. DROST, S. 42 f.; vgl. weiter E. FORSTHOFF, S. 74; O. BACHOF, Beurteilungsspielraum, JZ 1955, S. 98; Rüdiger KLEIN, Verw.-rechtlicher Ermessensbereich, AöR 82, S. 90 f.; H. SCHRÖDER, Strafrichterliches Ermessen, Gutachten f.d. 41. Deut. Juristentag, Gutachtenbd., S. 61; Ch.-F. MENGER, Verw.Arch. 51, S. 69, Anm. 24; kritisch zu den Ausdrücken auch Hans J. WOLFF, § 31 II, S. 137 f.; K. ENGISCH, Das jurist. Denken, S. 206, Anm. 135; a.A. noch heute R. von LAUN, Festschrift für H. KRAUS, S. 141.

2) H. REUSS, DVBl 1953, S. 585; O. BACHOF, JZ 1955, S. 98.

3) Siehe dazu Karl PETERS, Strafrichterliches Ermessen, Gutachten f.d. 41. Deut. Juristentag, Gutachtenbd., S. 7.

4) Allgemeine Auffassung; Siehe z.B. Karl PETERS, Kriminalpolitische Stellung des Strafrichters, S. 21; E. FORSTHOFF, S. 76 Anm. 1; Hans J. WOLFF, § 31 I, S. 132; unrichtig F. STIER-SOMLO, Das freie Ermessen in Rspr. und Verw., S. 455, 472, der eine Wahlfreiheit bei der Ermittlung der tatsächlichen Verhältnisse annimmt.

5) Walter JELLINEK, Verw.-recht, S. 31.

über die Frage, ob sich der geistige Vorgang des Ermessens in dem nächsten Abschnitt, bei der Rechtsanwendung nachweisen läßt. In der Regel steht die Einreihung des Sachverhaltes unter den gesetzlichen Tatbestand unter dem Ideal objektiver Richtigkeit, ein Spielraum des Entschlusses und des Handelns ist ausgeschlossen, soweit die ausgelegte Rechtsnorm auf einen konkreten Sachverhalt angewandt wird. Dieser Satz ist jedoch einzuschränken, soweit das Gesetz unbestimmte Begriffe verwendet. Sie sind besonders häufig auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts anzutreffen, man wird sie als für das Rechtsgebiet typisch bezeichnen können; allerdings beschränkt sich ihr Vorhandensein keineswegs auf diesen Bereich, wie z.B. die meisten Generalklauseln des Zivilrechts (§§ 138 Abs. 1, 826 BGB: "gute Sitten", §§ 157, 242 BGB: "Treu und Glauben") oder solche des Strafrechts (§ 226 a StGB: "gute Sitten") oder die häufig verwendete Zumutbarkeitsklausel darlegen [1]. Auch im Hinblick auf die unbestimmten Gesetzesbegriffe, die sich sowohl in der Form von Erfahrungs- oder Seinsbegriffen als auch in Wertbegriffen darstellen können [2], wird zwar die Idee einer allein richtigen Entscheidung behauptet [3]. Allein eine solche Anschauung wird der Natur einer großen Zahl dieser Begriffe nicht gerecht. Sie übersieht den flexiblen und emotionalen Charakter dieser Wendungen [4]. "Es fehlt ihnen ein eindeutig im Wege der Logik feststellbarer Inhalt." [5]

Sie stellen meist, worauf Hans J. WOLFF [6] hingewiesen hat, Typenbegriffe dar, die nicht durch eindeutige und bestimmte Merkmale abgegrenzt werden können, vielmehr nur einen Bereich abstecken, aber nicht die einzelnen Gegenstände innerhalb ihrer Grenzen festlegen. Es besteht daher die Möglichkeit verschiedener Re-

---

1) Zu den Generalklauseln vgl. J.W. HEDEMANN, Die Flucht in die Generalklauseln, S. 12 ff., 57 f.; K. ENGISCH, Das jurist. Denken, S. 121 f.; E. FORSTHOFF, Verw.-recht, S. 77 f.; Hans J. WOLFF, Verw.-recht, § 31 I, S. 133.

2) Zu dieser Unterscheidung H. DROST, Das Ermessen des Strafrichters, S. 17 ff.; K. ENGISCH a.a.O. S. 109; E. FORSTHOFF, Verw.-recht, S. 76 f.; O. BACHOF, Beurteilungsspielraum, JZ 1955, S. 99.

3) R. von LAUN, Das freie Ermessen und seine Grenzen, S. 59; E. FORSTHOFF, S. 76 ff.; Rüdiger KLEIN, Verw.-rechtlicher Ermessensbereich, AöR 82, S. 86; G. ROTHE, Richterliches Ermessen, AcP 151, S. 40 f.; H. WESTERMANN, Die richterl. Ermessensentscheidung, AcP 152, S. 446; ders., Wesen der richterl. Streitentscheidung, S. 23; K. LARENZ, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, S. 168.

4) H. RUMPF, VVDStRL 14, S. 167.

5) Karl PETERS, Die kriminalpolit. Stellung des Strafrichters, S. 22.

6) Verw.-recht, § 31 I, S. 134.

sultate, die auf Grund der Unmöglichkeit einer allgemeingültigen Auslegung als gleichwertig erachtet werden müssen [1]. Wenn es auch im Rahmen dieser Untersuchung einer erschöpfenden Beschäftigung mit der Problematik der unbestimmten Gesetzesbegriffe nicht bedarf, so ist doch die Erkenntnis von Bedeutung, daß bei der Anwendung solcher Begriffe ein Entscheidungsraum, eine "Schwankungsbreite" bestehen kann. Bei der Handhabung dieser Freiheit trifft der Rechtsanwender jedoch keine Willensentscheidung, seine Tätigkeit ist vielmehr darauf gerichtet, "das Gesetz sprechen zu lassen" [2]. Es handelt sich bei diesem Vorgang, den man als Beurteilungs- oder Kognitionsspielraum bezeichnet hat [3], stets um einen Erkenntnisakt, bei dem es darauf ankommt, ob oder wie die Behörde tätig werden darf und muß, nicht kann und will.

Gerade dieser Umstand unterscheidet den Beurteilungsspielraum von den Fällen, in denen das Gesetz unter bestimmten Voraussetzungen dem rechtsanwendenden Organ die Setzung der Rechtsfolge überläßt. Allein dieser Vorgang, in dem der Behörde hinsichtlich der Vollziehung der Rechtsfolge eine gewisse Freiheit eingeräumt ist, soll als Handlungs-Ermessen bezeichnet werden [4]. In diesen Fällen

---

1) So die jetzt im Schrifttum überwiegende Ansicht: H. DROST a. a. O. S. 20 ff.; Karl PETERS, Kriminalpolit. Stellung des Strafrichters, S. 22; ders., Gutachten f. d. 41. Deut. Juristentag, S. 20; O. BACHOF, JZ 1955, S. 99 ff.; ders., DVBl 1955, S. 788 ff.; C. H. ULE, Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, Gedächtnisschrift für W. JELLINEK, S. 309 ff.; Erich BECKER, VVDStRL 14, S. 126; H. RUMPF, VVDStRL 14, S. 167 ff.; Hans J. WOLFF, § 31 I, S. 194; D. JESCH, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen, AöR 82, S. 211 ff.; a. A. K. A. BETTERMANN, Gedächtnisschrift für W. JELLINEK, S. 368 (und Festschrift für Friedrich LENT, S. 28, 38), der bei der Anwendung unbestimmter Begriffe nicht eine "Freiheit zur Wahl zwischen mehreren Entscheidungen, sondern nur eine gewisse Freiheit zur Findung der richtigen rechtlichen Entscheidung" gegeben sieht. Auch Karl LARENZ, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, S. 198, spricht von "Urteilsspielraum", hält aber gleichfalls der Idee nach nur eine Entscheidung für rechtlich vertretbar. Es ist jedoch zu fragen, worin die "Freiheit", der "Spielraum" besteht, wenn nicht in einer Wahlmöglichkeit. Siehe auch D. JESCH, AöR 82, S. 185/186 Anm. 83.

2) Karl PETERS, Strafrichterl. Ermessen, Gutachten, S. 20;

3) Zu dieser Terminologie siehe das neuere des oben in Anm. 1 erwähnten Schrifttums weiterhin E. BÖTTICHER, Regelungsstreitigkeiten, Festschrift für F. LENT, S. 100.

4) Schon in "Die kriminalpolit. Stellung des Strafrichters" (1932) S. 23-25 hat Karl PETERS den letzteren als Ermessen bezeichneten Vorgang deutlich von den oben als Beurteilungsspielraum charakterisierten Fällen abgehoben. So jetzt

des Ermessens enthält das Gesetz nur eine Ermächtigung zum Tätigwerden. Das handelnde Organ wiederholt bei der Ausnützung der ihm gewährten Freiheit nicht etwas, was schon in irgendeiner Form im Gesetz enthalten ist, es trifft vielmehr eine Willensentscheidung. Ist damit das Handlungsermessen deutlich von der Anwendung unbestimmter Begriffe geschieden, so bedarf es jedoch noch einer sehr wesentlichen Differenzierung, die im Zweck der Ermessensermächtigung orientiert ist. In Anlehnung an von Rudolf von LAUN [2] herausgearbeitete Kriterien und an Otto BACHOF [3] ist das rechtlich relevante Handlungsermessen vom rechtlich irrelevanten zu trennen. Letzteres ist durch den Gesetzgeber eingeräumt, wenn die verschiedenen möglichen Verhaltensweisen rechtlich gleichwertig sind und lediglich Zweckmäßigkeitserwägungen die Wahl entscheiden sollen. Diese Ermessensart widerspricht nicht etwa der oben festgestellten Bindung der Verwaltung an das Rechtsprinzip, sie ist vielmehr nur im Rahmen der Rechtsgrenzen gewährt. Die Frage der Zweckmäßigkeit einer Verwaltungshandlung ist sofort von ihrer Rechtmäßigkeit zu trennen [4]. Nach dem rechtlich relevanten Ermessen ist dagegen die Entscheidung am Prinzip der Gerechtigkeit ausgerichtet, nur wegen der Vielgestaltigkeit der bei der Entscheidung zu berücksichtigenden Umstände hat der Gesetzgeber eine nähere Regelung unterlassen.

Sind damit die Erscheinungen des Beurteilungsspielraumes und des Ermessens von einander abgegrenzt und näher beschrieben, so ist im folgenden zu untersuchen, ob sich daraus eine unterschiedliche Stellung der beiden Staatsfunktionen zum Rechtssatz ableiten läßt. Der mit einem Teil der unbestimmten Begriffe verbundene Beurteilungsspielraum findet sich nicht nur in der Tätigkeit der Verwaltung, sondern ist, wie das Beispiel der oben zitierten zivil- und strafrechtlichen Generalklauseln oder etwa die Vorschriften des § 242 BGB ("unverhältnismäßig hohe Strafe", "angemessener Betrag") und des § 626 BGB ("wichtiger Grund") zeigen, auch im Rahmen des richterlichen Bereichs nicht ausgeschlossen [5]. Damit ent-

---

Fortsetzung der Fußnote 4 von Seite 16:
auch Ch.-F. MENGER, System, S. 33; ders., Verw.Arch. 51, S. 70; O. BACHOF, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12, S. [illegible] ff.; ders., JZ 1955, S. 98; Hans J. WOLFF, § 31 II, S. 136; D. JESCH a.a.O. S. 205; BVerfG NJW 1959, S. 931.

1) Karl PETERS, Die kriminalpolit. Stellung des Strafrichters, S. 23.
2) Festschrift für H. KRAUS, S. 140 ff.; ders., Das freie Ermessen, S. 47 ff. mit S. [illegible] ff.
3) VVDStRL 12, S. 69/70; ders., JZ 1955, S. 98.
4) Erich BECKER, VVDStRL 14, S. 121.
5) Ob und inwieweit allerdings die genannten Bestimmungen einen Beurteilungsspielraum gewähren, bedarf einer näheren Untersuchung und kann nur an Hand des einzelnen Begriffs ermittelt werden. Siehe O. BACHOF, JZ 1958, S. 291.

fällt eine Sonderung der Rechtsprechung von der Verwaltung unter dem Gesichtspunkt, daß lediglich in der letztgenannten eine Wahlmöglichkeit der Entscheidung bestehe, die erstere dagegen durch eine einzige richtige Entscheidung gekennzeichnet sei [1]. Schon der in beiden Funktionen vorkommende Kognitionsspielraum spricht gegen eine solche Grenzziehung.

Einer eingehenderen Betrachtung bedarf die Rolle des Handlungsermessens in den beiden Bereichen staatlicher Tätigkeit. Bei dieser Prüfung wird man sich freilich nicht in erster Linie auf den Wortlaut der Gesetze stützen können, da die hier getroffene Differenzierung nicht die Formulierung der gesetzlichen Vorschriften bestimmt hat. Entscheidend sind demnach nicht die im Gesetz anzutreffenden Wendungen wie "freies" oder "billiges Ermessen", sondern allein der Zweck der Norm entscheidet über das Vorliegen eines rechtlich relevanten oder irrelevanten Handlungsermessens [2]. - Häufig wird unter Hinweis auf prozessuale Bestimmungen, wie z.B. §§ 279, 283 Abs. II, 286-287 ZPO oder §§ 61, 261 StPO, die Ansicht vertreten, daß wo die Gebiete rechtsprechender Tätigkeit durch das Ermessen gekennzeichnet seien [3]. Zwar verwenden die bezeichneten Rechtssätze Ausdrücke wie "freie Überzeugung" oder "Ermessen", doch zeigt eine nähere, sich nicht an den Wortlaut klammernde Betrachtung, daß diese Normen keineswegs ein Ermessen i.S. einer Wahlfreiheit einräumen. Die prozeßführenden Maßnahmen wie Reihenfolge und Umfang der Zeugenvernehmung oder die freie Beweiswürdigung, die freie Schadensschätzung und die anderen genannten Regelungen gehören vielmehr dem Gebiet der Tatsachenfeststellung an, die unter der Idee objektiver Richtigkeit steht [4]. Dem Richter ist eine freiere Stellung eingeräumt, um ihm die Erforschung des Hergangs und des Umfanges des vergangenen Geschehnisses zu erleichtern. Seine Tätigkeit im Rahmen dieser Bestimmungen soll also seine Überzeugung über die tatsächlichen Vorgänge begründen und ihm nicht etwa eine Wahlfreiheit einräumen [5]. - Jedoch ist auch in der Rechtsprechung ein Handlungsermessen anzutreffen, wie es z.B. die Vorschriften des § 315 Abs. III BGB

---

1) Wie K.A. BETTERMANN (Gedächtnisschrift für W. JELLINEK, S. 365 ff. u. Festschrift für F. LENT, S. 28) annimmt.

2) Siehe auch R.v. LAUN, Festschrift für H. KRAUS, S. 141 f. .

3) F. STIER-SOMLO, Festgabe für P. LABAND, S. 479 f.; K.A. BETTERMANN, Gedächtnisschrift für W. JELLINEK, S. 366; Ch.-F. MENGER, DÖV 1955, S. 589.

4) O. BÜHLER, Die subjekt. öffentl. Rechte, S. 30; Walter JELLINEK, Verw.-recht, S. 31; Karl PETERS, Die kriminalpolit. Stellung des Strafrichters, S. 21; so auch Hans J. WOLFF, Verw.-recht § 31 I, S. 132 für § 286 ZPO (anders aber für den in dieser Beziehung gleichliegenden Fall des § 287 ZPO; siehe S. 141).

5) H. DROST, Das Ermessen des Strafrichters, S. 30 ff. .

(Bestimmung einer Leistung nach billigem Ermessen), des § 660 Abs. I BGB (Bestimmung der Anteile an einer Belohnung nach billigem Ermessen) oder § 91 a ZPO (Kostenentscheidung nach billigem Ermessen) [1] und vor allem die Strafbemessung durch das Strafgericht dartun mögen. Diese Ermessensermächtigungen sind stets rechtlich relevant, d.h. auf das Prinzip der Gerechtigkeit ausgerichtet. Es wird zwar behauptet, ein gerechtigkeitsbezogenes Ermessen ermögliche nicht verschiedene in gleicher Weise richtige Entscheidungen; in den Fällen, in denen die Entscheidung am Maßstab der Gerechtigkeit gemessen werde, sei eine Wahl zwischen mehreren rechtlich möglichen Verhaltensweisen ausgeschlossen [2]. Eine solche These widerspricht aber, wie Karl PETERS für die Strafzumessung dargelegt hat, zunächst einmal der richterlichen Praxis bei der Feststellung der Strafgröße. Es läßt sich im Einzelfall nicht feststellen, ob ein Strafmaß von 6, 8 oder 10 Monaten die beste Lösung ist. Bei anderer Auffassung erscheint die Strafbemessung als "ein unlösbares Rätsel" [3]. Aber auch die Gerechtigkeit als Maßprinzip verlangt nicht die Annahme einer einzigen Entscheidung [4]. Versteht man unter Gerechtigkeit den Grundsatz, "ein menschliches Tun oder Denken nach seinem Wert oder Unwert für eine objektive Ordnung zu bewerten" [5], so enthält die Anwendung dieses Prinzips auf einen konkreten Sachverhalt mehrere bewertende und damit subjektiv beeinflußte Vorgänge. Sowohl das vergangene Geschehnis als auch das Verhältnis der geplanten Rechtsfolge zu den gegebenen Tatsachen bedürfen einer Wertung unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit [6]. Das Gesetz hat die Festsetzung der Rechtsfolge dem subjektiven Für-Gerecht-Halten des Richters anvertraut und billigt in Erkenntnis der Natur dieser Entscheidungen verschiedene Lösungen als rechtlich gleichwertig [7]. Stellt die Handhabung des rechtlich rele-

---

1) Siehe dazu H. NEUMANN-DUESBERG, Gerichtl. Ermessensentscheidungen, JZ 1952, S. 705 f.; vgl. auch H. DROST a.a.O. S. 34.

2) R.v. LAUN, Das freie Ermessen, S. 47 ff. (59); Walter JELLINEK, S. 31; K.A. BETTERMANN, Gedächtnisschrift für W. JELLINEK, S. 367.

3) Karl PETERS, Die kriminalpolit. Stellung des Strafrichters, S. 55/56; ders., Gutachten, S. 21 f.; zustimmend K. ENGISCH, Jurist. Denken, S. 206 Anm. 135; a.A. allerdings H. DROST a.a.O. S. 43.

4) Auch K.A. BETTERMANN (Gedächtnisschrift für W. JELLINEK, S. 366) muß die Möglichkeit einer Wahl im Strafmaß einräumen und setzt sich somit in Widerspruch zu seiner Behauptung, die Billigkeit verlange eine einzige richtige Entscheidung.

5) Karl PETERS, Die kriminalpolit. Stellung des Strafrichters, S. 46.

6) Karl PETERS, S. 47.

7) Auch hier erweist sich die Richtigkeit der oben getroffenen Feststellung, daß Rechtsprechung und Verwaltung nicht dadurch geschieden sind, daß in der erstgenannten Funktion lediglich e i n e Entscheidung richtig sein könne.

varten Handlungsermessens auch eine Willensentscheidung dar, so enthält sie doch nicht zu übersehende erkennende Elemente. Diese wirken jedoch nicht wie beim oben unterschiedenen Beurteilungsspielraum interpretativ, sie legen somit keinen Gesetzesbegriff aus [1]. Der Richter und der Verwaltungsbeamte suchen vielmehr aus der nicht näher konkretisierten Gerechtigkeitsidee Richtlinien zur Lösung einer ihnen unterbreiteten Frage zu gewinnen. Man wird mit Rudolf von LAUN dieses Ermessen charakterisieren können als "das Suchen nach dem Optimum, welches dem Zweck des Gesetzgebers am besten entspricht" [2]. Der Richter, der eine solche rechtlich relevante Wahlmöglichkeit wahrnimmt, trifft somit eine Entscheidung, die durch ein erkennendes Moment mitbestimmt wird. Sie stellt also auf Grund ihrer Wertung nach der Gerechtigkeitsidee noch einen Rechtsspruch dar.

Das Gebiet rechtsprechender Tätigkeit wird jedoch verlassen, wenn einem Organ ein rechtlich irrelevantes Handlungsermessen zugestanden wird, mithin reine Opportunitätserwägungen für die Entscheidungen bestimmend sein sollen [3]. Bei der Ausübung einer solchen Entscheidungsfreiheit vollzieht das Organ in keiner Weise mehr eine Erkenntnisfunktion, der Maßstab seiner Entscheidungen ist vielmehr außerrechtlicher Natur. Solche Akte, die nicht unmittelbar nach dem Gerechtigkeitsprinzip, sondern nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten getroffen werden, gehören der materiellen Verwaltung an [4]. Der Gesetzgeber mag in einzelnen Fällen aus Gründen des sachlichen Zusammenhangs richterliche Zuständigkeiten begründet haben, die mit dieser Einsicht nicht übereinstimmen; diese or-

---

1) D. JESCH, AöR 82, S. 233/234; O. BACHOF, DVBl 1957, S. 790.

2) R. von LAUN, Festschrift für H. KRAUS, S. 146.

3) Die Bemerkung Otto BACHOFs (VVDStRL 12, S. 70), beide Arten von Ermessen kämen sowohl in der Verwaltung wie auch in der Rechtsprechung vor, läßt nicht erkennen, ob sie die Funktionen im materiellen oder formellen Sinne meint. Ihr wäre zu widersprechen, soweit Akte des rechtlich irrelevanten Handlungsermessens als materielle Rechtsprechung angesehen werden.

4) R. von LAUN, Festschrift für H. KRAUS, S. 141; ihm zustimmend E. FORSTHOFF, Verw.-recht, S. 5 Anm. 3 u. Erich BECKER, VVDStRL 14, S. 102 (siehe auch S. 122: Grenze der Rechtsprechung ist das Recht); K.A. BETTERMANN, Gedächtnisschrift für W. JELLINEK, S. 366 f. (und Festschrift für F. LENT, S. 28); W. MERK, VVDStRL 14, S. 205; schon in der älteren Literatur ähnliche Abgrenzungsversuche bei R. THOMA, Verw.Arch. 20, S. 444 und bei F. STIER-SOMLO, Festgabe für P. LABAND, S. 445 ff. (493, 509) und Justiz und Verw., HdbPol Bd. 1, S. 297; vgl. auch W. SAUER, Juristische Methodenlehre, § 24 III 2, S. 195.

ganisatorischen Abweichungen widerlegen jedoch nicht die aufgezeigte substantielle Verschiedenheit der beiden Funktionen [1]. So bilden insbesondere die Maßregeln der Sicherung und Besserung, die durch das sog. Gewohnheitsverbrechergesetz v. 24. 11. 1933 in das Strafgesetzbuch (§§ 42a - 42n) eingeführt worden sind, keine echten Aufgaben der Strafrechtspflege [2]. Die Sicherungsverwahrung, die Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt, in einer Trinkerheil- oder Entziehungsanstalt, in einem Arbeitshaus oder die Entziehung der Erlaubnis zum Führen von Kraftfahrzeugen ziehen zwar durchweg für die Betroffenen Einschränkungen und Belastungen nach sich, diese Wirkung ist jedoch nicht wie bei der Strafe erstrebt und wesensbestimmend [3], sondern eine hinzunehmende Nebenfolge. Die Maßnahmen haben vielmehr "prophylaktische Zielrichtung" [4], sie dienen der Sicherung der Gesellschaft vor weiteren drohenden Rechtsbrüchen und der Besserung der erfaßten Personen. Das Vorgehen des Richters ist an der Zweckmäßigkeit orientiert und entspricht verwaltungsmäßigen, insbesondere polizeilichen Präventivmaßnahmen [5]. Diese materiell-rechtliche Kennzeichnung der

---

1) Die Bestimmung des § 153 Abs. I StPO und des § 232 Abs. I StGB, die die Berücksichtigung des öffentlichen Interesses vorschreiben, können in diesem Zusammenhang nicht eingewandt werden. Sie betreffen die Vorfrage der Strafverfolgung, die bezeichnenderweise nicht dem Richter, sondern der Staatsanwaltschaft obliegt. Der Inhalt der späteren richterlichen Entscheidung über die Straftat bleibt von dem in den Vorschriften erwähnten öffentlichen Interesse unberührt.

2) H. SCHRÖDER, Die Verzweckmäßlichung der Strafe und der sichernden Maßnahmen, ZStW 66, S. 191; ders. in SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 42 b Anm. I.

3) SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 1 z. u. §§ 13 ff. und Vorbem. 1 z. u. §§ 42 a ff. R. MAURACH, Deut. Strafrecht -Allg. Teil, § 65 B 2, S. 688; J. BAUMANN, Strafrecht-Allg. Teil, § 3 II, S. 12; a.A. für die Sicherungsverwahrung (§ 42 c StGB) und die Unterbringung in einem Arbeitshaus (§ 42 d StGB) Hellmuth MAYER, Strafrecht, § 64, S. 379 ff.; zu dieser Auffassung neigt nunmehr auch Karl PETERS, darauf hinweisend, daß Strafen und Maßnahmen schwerlich getrennt werden können.

4) R. MAURACH a.a.O. .

5) Die Verhängung von Zuchtmitteln durch den Jugendrichter nach §§ 13 ff. JGG steht zwar ebenfalls kraft ausdrücklicher Bestimmung des § 13 Abs. [illegible] JGG einer Bestrafung nicht gleich. Sie sind jedoch wie die Strafe darauf gerichtet, dem Täter die Autorität der Rechtsordnung und das Gewicht seiner Verfehlung zum Bewußtsein zu bringen und ihn zu rechtsgemäßem Verhalten zu veranlassen. Die Zuchtmitteln sind so in ihrer materiellen Wirkung der Strafe angenähert (vgl. Karl PETERS, RJGG, § 7 Anm. 6, § 11 Anm. 2; ders., Jugend-

Akte wird schließlich durch den Umstand bestätigt, daß Verwaltungsbehörden parallele Aufgaben wahrnehmen. Wie der Strafrichter gem. § 42 I StGB befugt ist, die Ausübung eines Berufes oder Gewerbes zu untersagen, so können z.B. Verwaltungsbehörden nach zahlreichen Gesetzen (z.B. §§ 33a, 35, 35b, 59a, 148 GewO, §§ 198, 199 AO, § 13 GaststättenG) ein Berufsverbot oder eine völlige Betriebseinstellung anordnen; entsprechend der richterlichen Befugnis nach § 42 m StGB können Verwaltungsorgane nach § 4 Abs. I StVG, § 15 b StVZO die Fahrerlaubnis entziehen. Ebenso läßt § 42 c StGB das Recht und die Pflicht der Verwaltungsorgane unberührt, nach den für sie maßgebenden Vorschriften für die Unterbringung von Trinkern und Süchtigen in Heil- und Entziehungsanstalten zu sorgen [1]. Den Maßregeln der Sicherung und Besserung kommt daher Verwaltungscharakter zu [2], lediglich ihre Anknüpfung an eine strafbare Handlung und die Schwere ihres Eingriffs haben zu ihrer Übertragung an den Strafrichter geführt. Findet

---

Fortsetzung der Fußnote 5 von Seite 21:
strafrecht, S. 25/26; DALLINGER-LACKNER, JGG, § 13 Bem. 3; R. MAURACH, Deut. Strafrecht-Allg. Teil, § 69 A 3, S. 710 m. weit. Nachw. .) und stehen daher unter dem alleinigen Gebot der Gerechtigkeit.

1) Nach Erlaß des Grundgesetzes ist jetzt allerdings Art. 1 4 Abs. II S. 1 GG zu beachten.

2) So in ausführlichen Darlegungen H. SCHRÖDER, ZStW [illegible], S. 191; Hellmuth MAYER, S. [illegible] ff. (allerdings sieht er in den Maßregeln nach §§ 42 d u. 42 e StGB entgegen der allgemeinen Ansicht Strafen); Karl PETERS, Strafprozeß, § [illegible], S. 459 (so aber jetzt nur noch für die Maßnahme der Unterbringung in einer Heil- und Pflegeanstalt, für die übrigen Maßregeln der Sicherung und Besserung diese Ansicht aufgegeben -s. oben S. 21 Anm. 3), vgl. auch J. BAUMANN, § 44 I 1, S. 575; "Freilich ist zuzugeben, daß sachlich die Rechtsfolgen der zweiten Spur schon auf der Schwelle zum Verwaltungsrecht stehen." Im öffentlich-rechtlichen Schrifttum betonen den materiell verwaltenden Charakter der Maßnahmen z.B. Hans PETERS, Festschrift für W. LAFORET, S. 28; Th. MAUNZ, Deut. Staatsrecht, § 22 I 2, S. 171. Dagegen kann im Rahmen dieser Untersuchung eine endgültige materielle Einordnung der Strafaussetzung zur Bewährung und der Erteilung von Auflagen nach §§ 23 ff. StGB in den Bereich der Staatsfunktionen nicht gewagt werden. Dies setzt eine eingehende Klärung der Stellung dieses Instituts im System des Strafrechts voraus und verlangt damit die Lösung eines Problems, das bisher sehr unterschiedliche Antworten gefunden hat (vgl. Karl PETERS, Die kriminalpolit. Stellung des Strafrichters, S. 148 ff.; neuerdings ders., JZ 1957, S. 64; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 23 Anm. II mit einem Überblick über die neueren Auffassungen). Jedenfalls dürfte auch bei einer Einreihung der Strafaussetzung zur Bewährung in die materielle Rechtsprechung die Frage nach den Grenzen der Spezialprävention auftauchen, bei deren Überschreitung das Strafrecht in den Bereich der Verwaltung gelangt (so auch SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 24 Anm. II 2 c).

sich somit auf dem Gebiet der Rechtspflege [1] eine Entscheidungsfreiheit, die lediglich am Maßstab der Opportunität ausgerichtet ist, so stellen die darauf beruhenden Maßnahmen nicht mehr Rechtsprechung im materiellen Sinne dar [2]. - Diese Positionsbestimmung der rechtsprechenden Funktion wird vervollständigt durch ihre Abgrenzung von der Gesetzgebung. Entsprechende Untersuchungen, die durch die Frage des sog. "Richterrechts" ausgelöst wurden, legen die Trennungslinie zwischen den beiden Gewalten dort fest, wo der Richter Recht nicht durch Entfaltung ihm vorgegebener und vollziehbarer allgemeiner Rechtssätze findet, sondern vielmehr eigene Willensentschlüsse nach bloßen Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten trifft [3]. Diese Umgrenzung der Rechtsprechung beleuchtet erhellt ihren Aufgabenkreis und bestätigt die Richtigkeit der oben gezogenen Trennungslinie zwischen rechtsprechender und verwaltender Tätigkeit. Das Wirken des Richters ist gebunden an detaillierte gesetzliche Regelungen, und nur in den nicht so häufigen Fällen des rechtlich relevanten Handlungsermessens ist es auf unmittelbare Wertungen nach der Gerechtigkeitsidee gewiesen. Zweckmäßigkeitserwägungen liegen außerhalb der Grenzen, die der richterlichen Tätigkeit wesensmäßig gezogen sind.

Gegen eine solche Sonderung der beiden Funktionen ist eingewandt worden, daß es ungerechtfertigt sei, Akte psychologisch zu zerlegen und beim Rechtsprechungsakt das logische Urteil, beim Verwaltungsakt die Willensbetätigung zu betonen [4]. Die vorstehende Differenzierung ist aber nicht nach der Art der Denktätigkeit getroffen worden, bei der sich wohl schwerlich deutliche Unterschiede feststellen lassen. Maßgebender Kriterium ist vielmehr der den Entscheidungen zugrunde liegende Maßstab, der juristische Gehalt der einzelnen Akte. Allein dieser Blick

---

1) Über den Begriff siehe oben S. 7

2) H. WESTERMANN, Wesen der richterl. Streitentscheidung, S. 37: "Rechtsprechung ist ... als Wertung nach der Gerechtigkeitsidee in Gegensatz gestellt zum Suchen des zweckmäßigsten Ergebnisses". Dabei wird dieser Satz so zu verstehen sein, daß Billigkeit und Zweckmäßigkeit zwar keine gegensätzlichen, aber doch wohl zu unterscheidende Maßstäbe sind; sie führen nur manchmal zu übereinstimmenden Ergebnissen. Vgl. K. A. BETTERMANN, Gedächtnisschrift für W. JELLINEK, S. 367.

3) Gutachten des BGH zum Gleichberechtigungsgrundsatz BGHZ 11, Anh. S. 34 ff. (51); zustimmend Peter SCHNEIDER, Problematik der Gewaltenteilung, AöR 82, S. 15; vgl. auch Adolf ARNDT, DVBl 1951, S. 297; W. SARSTEDT, Referat auf d. 41. Deut. Juristentag, S. D. 29 ff. (D 43); kritisch zu dieser Abgrenzung D. JESCH, AöR 82, S. 169 Anm. 26.

4) U. SCHEUNER, Nachprüfung des Ermessens, Verw. Arch. 33, S. 71.

punkt führte zu den getroffenen Unterscheidungen. Die Beziehung der Rechtsprechung zum Rechtssatz ist mithin durch eine enge Bindung gekennzeichnet, auch dort, wo die volutiven Momente im Vordergrund stehen, bleibt das Recht unmittelbarer [illegible] im Rahmen der Rechtsgrenzen in weiten Bereichen Opportunitätserwägungen zugestanden werden, wird nicht erreicht [1].

b) Weitere Merkmale rechtsprechender Tätigkeit

Dieser Einblick in das engere Verhältnis der Rechtsprechung zum Rechtssatz lenkt das Augenmerk auf weitere sie kennzeichnende Eigentümlichkeiten. Die Aufgabe der richterlichen Rechtsanwendung ist beschränkt auf einen bestimmten Ausschnitt des Soziallebens, auf ein in der Vergangenheit liegendes Geschehnis [2]. Hinsichtlich dieses konkreten Sachverhaltes kann der Richter keine Initiative entwickeln, er wird vielmehr erst auf Anrufung hin tätig [3]. Der Umstand, daß sich z.B. im Strafprozeß das Akkusationsprinzip erst in allmählicher geschichtlicher Entwicklung gebildet hat, spricht nicht gegen die Natur dieses Erfordernisses als eines Kennzeichens rechtsprechender Tätigkeit; vielmehr sind die Wesensmerkmale der Staatsfunktionen überhaupt erst in einem langen Entwicklungsprozeß hervorgetreten [4]. Auch in der Verwaltung werden allerdings Anträge auf Vornahme bestimmter Handlungen gestellt, doch wird hier die Unterscheidung zu treffen sein, ob der Antrag lediglich eine Anregung an die Verwaltungsbehörde ist, diese also bei Kenntnis der Situation auch spontan tätig werden kann, oder ob der Antrag eine unerläßliche Voraussetzung für den Erlaß der Maßnahme darstellt. Ein [illegible] Bereich der leistenden Tätigkeit des Staates, doch stellt er auf dem weiten Gebiet der vollziehenden Gewalt nicht die Regel dar. Kennzeichnend sind für die

---

1) O. BACHOF (Bundesverfassungsgericht und obere Bundesgerichte, JZ 1956, S. 273 Anm. 6) bemerkt daher zu Recht: "Jedenfalls ist das Verhältnis der [illegible]

2) E. FORSTHOFF, Verw.-recht, S. 5.

3) [illegible] keit, StuW 1950, Sp. 359; Hans PETERS, Verw.-recht, S. 6; E. FORSTHOFF a.a.O.; K.A. BETTERMANN, Gedächtnisschrift für W. JELLINEK, S. 371 f.; [illegible] gen als Verw.-akte, DÖV 1958, S. 734 Anm. 35.

4) Siehe oben S. 3 f., 6 f.

Verwaltung vielmehr Eigeninitiative und Aktivität [2].

[illegible]

und Antragszwang sind so wechselseitig bedingt. Der Richter nimmt durch die Entscheidung kein eigenes Interesse an der jeweiligen Sache wahr, sondern steht den Belangen der Parteien neutral gegenüber [3]. Dies gilt z.B. auch für die Verfahren der Straf-, Verwaltungs- oder Finanzgerichtsbarkeit, in denen in besonders starkem Maße öffentliche Interessen in Erscheinung treten. Zwar sind Verwaltungsbehörden und Gerichte letztlich Organe desselben Staates. In den Fällen jedoch, in denen der Staat oder eine seiner Behörden Partei ist, kommt dem Gebot der Gewaltentrennung, nach dem die Rechtsprechung durch besondere, von der Gesetzgebung [illegible] wird, maßgebende Bedeutung zu. Daher steht das Gericht auch in diesen Verfahren als unparteiischer Dritter zwischen dem Staat und dem einzelnen [4]. Das Handeln [illegible] ihr und dem Adressaten, indem er ein Rechtsverhältnis begründet, abändert oder aufhebt [5]. Die Verwaltung steht den zu regelnden Angelegenheiten nicht unparteiisch gegenüber. Diese Neutralität fehlt auch, wo sich die Behörde in fremde Rechtsverhältnisse oder sonstige Angelegenheiten Dritter einschaltet, die Intervention offenbar vielmehr ihre Interessen [6]. Die Verwaltung handhabt so das Recht

---

1, Vgl. auch die Beobachtung von W. JELLINEK, Verw.-recht, S. 40: "Gerade diese Freiheit des Entschlusses ist es, die den höheren Verwaltungsbeamten auch in seiner menschlichen Eigenart vom Richter unterscheidet". Erich BECKER, VVDStRL 14, S. 115; H. RUMPF, VVDStRL 14, S. 152/153.

2, Wo kein Kläger, ist kein Richter.

3, E. FORSTHOFF, S. 5; K.A. BETTERMANN, Gedächtnisschrift für W. JELLINEK, S. 872 f.; W. WERTENBRUCH, DÖV 1958, S. 794; E. KERN, Gerichtsverfassungsrecht, S. 55.

4, [illegible] BVerfG in JZ 1954, S. 452 u. in JZ 1956, S. 164; vor allem K.A. BETTERMANN, Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter. Die Grundrechte, S. 527 f. .

5, E. FRIESENHAHN, Begriff der Rechtsprechung, Festschrift für R. THOMA, S. 26; E. FORSTHOFF, S. 6.

6, K.A. BETTERMANN, Gedächtnisschrift für W. JELLINEK, S. 874.

im Dienste ihrer Ordnungsaufgaben. In der Form von Anordnungen, Geboten und Verboten wird es als Mittel zur Regelung des eigenen Verhältnisses zu den Betroffenen eingesetzt. Während die Normen dem Verwaltungsbeamten sagen, wie er sich verhalten darf oder muß, dienen sie dem Richter dagegen lediglich als ein Mittel, über fremdes Tun oder Lassen zu erkennen. Das Gesetz ist hier nicht Verhaltens-, sondern Urteilsmaßstab [1].

5. ABSCHNITT: Stellungnahme zu verschiedenen Definitionen der Rechtsprechung

1. Kapitel: Rechtsprechung als Rechtsanwendung

Die Erkenntnis der allgemeinen Wesenszüge der Rechtsprechung, die in der Gegenüberstellung zur Verwaltung aufgezeigt wurden, soll im folgenden den Weg zu ihrer begrifflichen Bestimmung weisen. Danach kann ihre inhaltliche Eigentümlichkeit nicht in der Anwendung des Gesetzes auf einen konkreten Sachverhalt gefunden werden [2]. Eine solche Definition würde keine sachliche Unterscheidung gegenüber der Rechtsverwirklichung durch den Verwaltungsbeamten ermöglichen, wie sie sich z.B. in den gebundenen Verwaltungsakten (Steuer-, Rentenbescheid) zeigt [3]. Die These [4] hingegen, die diesen Kreis streng an das

---

1) J. GOLDSCHMIDT, Prozeß als Rechtslage, S. 22 ff.; W. NIESE, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, S. 61 ff.; K.A. BETTERMANN a.a.O. S. 868 ff. (und in Festschrift für F. LENT, S. 29); ihm folgend Erich BECKER, VVDSTRL 14, S. 105; H. RUMPF ebenda, S. 157; W. WERTENBRUCH, DÖV 1958, S. 7[illegible]

2) E. FRIESENHAHN, Festschrift für R. THOMA, S. 24, 25; Hans J. WOLFF, Verw.-recht § 19 I, S. 66; E.R. HUBER, Wirtsch.-Verwaltungsrecht, S. 555.

3) Keine Abgrenzung bieten daher z.B. die Begriffsbestimmungen von Otto MAYER, Verw.-recht, S. 6 ("Obrigkeitlicher Ausspruch dessen, was im Einzelfalle [illegible] W. [illegible] SAUER, [illegible] Staatsgerichtsbarkeit, S. [illegible] ("Feststellung des Rechtsinhalts [illegible] der Feststellung [illegible] im Wege der Rechtsanwendung"), STEIN-JONAS-SCHÖNKE-PÖLLER, Kommentar zur ZPO, 20. Aufl., Vorr. § 1 ("Rechtsanwendung [illegible] FLUME, [illegible] Begriff "Rechtsprechung" und Rechtsprechung, 1954, S. [illegible] ("Wesen der Rechtsprechung [illegible] Anwendung einer Rechtsnorm [illegible] SAUER, Grundl. [illegible] gemeindlicher Bebauungspläne, DVBl 1958, S. 79 ("Rechtsanwendung im Einzelfall, d.h. die Subsumtion unter vorhandene rechtliche Obersätze").

4) vertreten von W. FLUME, Steuerwesen und Rechtsordnung, Festschrift für R. SMEND, S. 59 ff. (78, 79).

Gesetz gebundener Verwaltungsakte, z.B. die Mehrzahl der Steuerbescheide, zur materiellen Rechtsprechung rechnet, verkennt sowohl den Rechtscharakter jener Akte als auch die Eigenart der richterlichen Tätigkeit [1]. Das den Steuerbescheid erlassende Organ wird nicht etwa auf Anstoß hin, sondern vielmehr aus eigener Initiative tätig und handelt nicht als neutraler Dritter, sondern im Rahmen eines Rechtsverhältnisses zu dem Steuerschuldner, gegen den es Ansprüche erhebt. Während der Richter durch sein Urteil also auch nie eine Leistung an seine Person begehrt, verlangt das Finanzamt Zahlung an sich. Durch das Kriterium der Rechtsanwendung allein ist damit eine sachliche Scheidung der beiden Staatsfunktionen nicht möglich.

2. Kapitel: Die Begriffsbestimmung von R. THOMA

Richard THOMA [2] modifizierte einen materiellen Begriff der Rechtsprechung dadurch gefunden, daß er neben der Merkmale der Rechtsanwendung noch das Kriterium der selbständigen Aussprechung durch eine staatliche Autorität hinzufügte. Er begrenzte damit die Definition der Rechtsprechung im materiellen Sinne auf selbständige Aussprüche, was in Anwendung des geltenden Rechtes auf einen konkreten Tatbestand hin, d.h. zeitnahe Rechtens ist, durch eine staatliche Autorität [3]. Sie [illegible] man [illegible] diesem Gesichtspunkt die rechtsprechende Tätigkeit, so meint man zunächst in der Begriffsbestimmung eine zutreffende Wesensbestimmung [illegible] Urteilsentscheidungen [4] ergeben zu einer Form die sie deutlich von dem [illegible] gegangenen Ermittlungsverfahren und einem etwa [illegible] anschließenden Vollstreckungsverfahren abhebt. Ein Blick auf das Gebiet der Verwaltung zeigt jedoch, daß auch diese auf bestimmten Gebieten z.B. bei einzelnen gewerblichen Erlaubnissen, Enteignungsprojekten, ein formalisiertes Verfahren (Beschlußverfahren) eingerichtet hat, das gewisse Züge des Rechtsgan-

---

1) Gegen diese Auffassung insbes. Friedrich KLEIN, Steuerwesen und Rechtsordnung, Fin.Arch. (n.F.) 14, S. 9 ff.; K.A. BETTERMANN, Gedächtnisschrift für W. JELLINEK, S. 375 f. .

2) Die Funktionen der Staatsgewalt. Grundbegriffe und Grundsätze. HdbDStR II, S. 108 ff. (129).

3) Dieser Begriffsbestimmung folgen U. SCHEUNER, Der Bereich der Regierung, Festschrift für R. SMEND, S. 278; Th. MAUNZ, Deut. Staatsrecht, S. 176; ders. Gericht oder Verw.-behörde, Rechtsprechung oder Verwaltung, DÖV 1959, S. 844; unter Einschränkungen E. von TUREGG, Gerichte, NJW 1953, S. 1202.

4) Es ist hier vornehmlich an die Urteile, nicht an die prozeßleitenden Beschlüsse und Verfügungen gedacht. Siehe dazu Leo ROSENBERG Zivilprozeßrecht S. 237.

ges vor den Gerichten aufweist. In diesen Fällen ergehen ebenfalls Aussprüche, die von dem vorausgegangenen Verfahren und den möglicherweise nachfolgenden Vollziehungsakten getrennt sind [1]. Zwar hält Richard THOMA selbst -zutreffenderweise- an dem Verwaltungscharakter dieser obrigkeitlichen Akte fest [2], müßte jedoch bei konsequenter Verfolgung seiner Definition diese als materielle Rechtsprechung ansehen. Damit offenbart sich die Unzulänglichkeit dieser These. Die Zugehörigkeit einer obrigkeitlichen Handlung zur Verwaltung oder Rechtsprechung wird nicht durch ein organisatorisches Merkmal, d.h. nicht durch einen Verfahrensgang bestimmt, der in bestimmter Weise ausgestaltet ist [3]. Anderenfalls wäre beispielsweise der materiell-rechtliche Charakter eines Bescheides, jenes die höhere Verwaltungsbehörde auf Grund eines Widerspruches gegen einen Verwaltungsakt erläßt, davon abhängig, ob eine prozeßähnliche Verfahrensgestaltung mit der Folge eines verselbständigten Ausspruches vorausgegangen ist oder nicht. Diese Auffassung scheidet somit die obrigkeitlichen Akte nicht nach ihrer inhaltlichen Struktur, sondern nach einem formellen Element [4]. Eine Begriffsbestimmung aber, deren entscheidendes Kriterium in einer organisatorischen und prozessualen Einrichtung, eben in der Verselbständigung des Ausspruches liegt, vermag nicht zu einer materiellen Grenzziehung zwischen Rechtsprechung und Verwaltung zu führen [5].

3. Kapitel: Die Begriffsbestimmung von Ch.-F. MENGER

Unter Anlehnung und in Fortentwicklung der Gedanken R. THOMAs hat Christian-Friedrich MENGER die Rechtsprechung definiert als "Aufgabe und Tätigkeit des allen anderen Staatsorganen gegenüber unabhängigen Staatsorgans Richter, in Anwendung des geltenden Rechts auf einen konkreten Sachverhalt auszusprechen,

---

1) Siehe auch E. v. TUREGG, Gerichte, NJW 1953, S. 1202.

2) a. a. O. S. 129.

3) Ein geordneter Prozeßverlauf ist nicht begriffliche Kennzeichnung, sondern lediglich Gültigkeitsvoraussetzung eines Rechtsprechungsaktes. Siehe LOPPUCH, Der verw.-gerichtl. Beschwerdebescheid und seine Abgrenzung vom Rspr.-akt, NJW 1953, S. 1128.

4) R. THOMA selbst (a. a. O.) war sich des formalrechtlichen Charakters seiner Definition bewußt, meinte jedoch, daß es einen rein materiellen Begriff der Rechtsprechung nicht gäbe.

5) E. R. HUBER, Wirtsch.-Verw.-recht Bd. II, S. 585, Hans J. WOLFF, § 19 I a 2, S. 66; U. KAPUST, Die Rechtsstellung der Seeämter, Diss. Kiel, S. 75.

was Rechtens ist" [1]. Diese Auffassung sucht den Bereich rechtsprechender Tätigkeit dadurch zu umgrenzen, daß sie zu der oben abgelehnten Definition das Kriterium der Unabhängigkeit hinzufügt [2]. In der Tat gehört die sachliche und persönliche Unabhängigkeit zum Erscheinungsbild des Richters, und zu Recht wird die Gewährung der Weisungsfreiheit an den Richter als ein Kardinalgrundsatz jeder freiheitlichen Verfassung angesehen. Jedoch nimmt auch dieses Begriffsmerkmal Bezug auf ein äußerliches Moment, auf die Organisation, "institutionelle Gestaltung" [3] der handelnden Behörde. Das der Rechtsprechung gewährte Privileg der Unabhängigkeit wird in seiner Bedeutung erst recht verständlich, wenn man es im Zusammenhang mit den oben entwickelten typischen Merkmalen der richterlichen Tätigkeit sieht. Ein Essentiale ist, daß der Richter stets als unbeteiligter Dritter tätig wird. Zwar ist die Ansicht vertreten worden, daß das persönliche Unbeteiligtsein dem richterlichen Wirken nicht immanent sei, sich vielmehr aus den Vorschriften der einzelnen Prozeßordnungen [4] ergebe, die an der Sache oder gegenüber den Rechtsuchenden persönlich interessierte Richter im Einzelfall von der Ausübung ihres Amtes ausschließen und zudem auch für Urkundsbeamte der Geschäftsstelle entsprechend anwendbar seien [5]. Die gesetzliche Verankerung der Unparter-

---

1) System, S. 49; ähnlich H.K.J. RIDDER, Gutachten f.d. 40. Deut.Juristentag, Gutachtenband, S. 127: "Rechtsprechung ist begrifflich jede staatliche Entscheidungstätigkeit, die von staatlichen Organen im Rahmen ihrer Wahrnehmungszuständigkeit und, abgesehen von potentieller Verbesserung im gesetzlich geordneten Instanzenzug der rechtsprechenden Stellen, unabhängig von allen anderen staatlichen Organen und, soweit in der menschlichen Gesellschaft erreichbar, unabhängig von sonstiger Beeinflussung ausgeübt wird und in einem verselbständigten Ausspruch dessen besteht, was in Anwendung des geltenden, nicht unbedingt positiven Rechts auf einen konkreten Sachverhalt rechtens ist". Ebenso schied früher A. MERKL, Allg. Verw.-recht, S. 37-41, die beiden Funktionen allein nach dem Kriterium der Unabhängigkeit.

2) Auf das Merkmal der Unabhängigkeit hatte ursprünglich auch W. NIESE in SCHÖNKE-SCHRÖDER-NIESE, Zivilprozeßrecht, § 11 IV, S. 75 abgestellt; inzwischen hat er diese Ansicht aufgegeben in Das Steuerstrafverfahren, ZStrW 70, S. 352; vgl. auch A. HAMANN, Art. 92, Anm. C 1: Rechtsprechung ist "die verbindliche Feststellung bestrittenen, bezweifelten oder gefährdeten Rechts durch eine selbständige unabhängige, neutrale Instanz".

3) So BVerwG MDR 1959, S. 866 (in der Entscheidung über die Rechtsstellung des Deutschen Patentamts).

4) §§ 41 ff. ZPO, §§ 22 ff. StPO, § 54 VwGO.

5) Ch.-F. MENGER, System, S. 46.

keiten kann aber nicht als Argument gegen ihre Natur als ein Wesenselement der Rechtsprechung geltend gemacht werden. Die Bestimmungen dürfen vielmehr als eine Bestätigung aufgefaßt werden, daß auch der Gesetzgeber die Neutralität des Richtenden als ein unerläßliches Erfordernis der Rechtsprechung erkannt und daher gesetzlich garantiert hat. Die Erstreckung des Prinzips auf weitere Gerichtspersonen beruht auf der Bedeutung ihrer Arbeit für die Tätigkeit des Richters [1]. Gerade im Hinblick auf die Stellung des Richters als eines unparteiischen Dritten offenbart die ihm eingeräumte sachliche und persönliche Unabhängigkeit ihre Bedeutung. Sie liegt nämlich in der Sicherung und Gewährleistung der richterlichen Neutralität. Ist z.B. der Staat oder eine seiner Behörden Partei in einem Verfahren, so soll gerade die Gewährung der Unabhängigkeit an den Richter, der ja auch ein Organ des Staates ist, seine unbeteiligte Position garantieren [2]. Die Unabhängigkeit ist somit kein Kriterium der Rechtsprechung neben der richterlichen Neutralität, sondern vielmehr nur eine organisatorische Maßnahme zu deren Schutze [3]. Die obige Definition läßt aber gerade die entscheidende Frage, in welchen Angelegenheiten die Unabhängigkeit zu gewähren ist, unbeantwortet [4]. Sie ermöglicht nur einen Schluß vom Organ auf die Funktion und ergibt, daß alle Aufgaben, die Richter im Rahmen der ihnen gewährten Unabhängigkeit verrichten, Rechtsprechung sind. Eine solche Charakterisierung vermag die Tätigkeit der Gerichte nicht nach ihrer inhaltlichen Eigenart zu erklären. - Aber auch als

---

1) Es sei auch noch auf die Bestimmungen über die Ablehnung von Sachverständigen hingewiesen (§§ 406 ZPO, 74 StPO, 98 VwGO).

2) Dies insbesondere gegen F. BAUR (Der Begriff der Rechtsprechung und die freiwillige Gerichtsbarkeit, DNotZ 1955, S. 510 f.), der meint, in weiten Teilen des Verwaltungsprozesses sei der Richter nicht "unbeteiligt". "Ob in einem Kaufprozeß zwischen A und B die eine oder andere Partei obsiegt, kann dem Staat in der Tat gleichgültig sein. Wenn es sich aber um die Rechtmäßigkeit etwa eines Enteignungsbescheides handelt, dann stehen doch unmittelbar staatliche Interessen auf dem Spiele". BAUR identifiziert in unzulässiger Weise "Staat" und Richter, rechtsprechende und prozessierende Organe des Staates sind aber streng getrennt. Siehe dazu oben S. 25.

3) K.A. BETTERMANN, Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter in Die Grundrechte, S. 638; davon abweichend stellt das BVerfG (JZ 1956, S. 164) die sachliche und persönliche Unabhängigkeit als ein Charakteristikum der Rechtsprechung n e b e n der Neutralität des Richters dar.

4) Vgl. auch Adolf ARNDT, AöR 60, S. 212: "Ebensowenig, wie es Sinn hat, den Mörder als denjenigen zu definieren, der mit dem Tode bestraft wird, hat es Sinn, den Richter als das unabhängige Staatsorgan zu bestimmen".

formelles Kriterium unterliegt das Merkmal der Unabhangigkeit erheblichen Bedenken. Die Freistellung von Weisungen ist nicht lediglich auf den Richter beschrankt, sondern ist auch Exekutivorganen gewahrt [1]. Man wird z.B. den Bundesprasidenten nicht als weisungsunterworfen ansehen konnen, ebenso sind die Hochschullehrer kraft Art. 5 Abs. III GG auf dem Gebiete der Forschung und Lehre "frei" [2]. Selbst die spezifische Form der richterlichen Unabhängigkeit ist Verwaltungsbehörden, namlich den Rechnungshofen, gewahrt [3]. Die untersuchte Definition erfaßt somit die materiellen Besonderheiten der Funktion Rechtsprechung nicht; durch die Wendung "unabhangiges Staatsorgan Richter" sondert sie diesen Zweig staatlicher Tatigkeit lediglich nach einem formellen Kriterium von der Verwaltung ab [4].

c. ABSCHNITT: Rechtsprechung als streitentscheidende Gesetzesanwendung durch einen unbeteiligten Dritten

Eine Begriffsbestimmung, die die oben [5] hervorgehobenen Wesensbestandteile der Rechtsprechung erfaßt und in eine gedankliche Verbindung bringt, ist Ernst FRIESENHAHN gelungen, der unter Anknupfung an altere Untersuchungen die Rechtsprechung als "Anwendung der allgemeinen Rechtsnormen auf den konkreten Tatbestand" zur Entscheidung eines Rechtsstreites zwischen zwei Parteien "durch einen unbeteiligten Dritten" definiert [6]. Sieht man in der streitentscheidenden

1) Dies muß auch Ch.-F. MENGER, Verw.Arch. 49, S. 179 einräumen.
2) Vgl. Adolf ARNDT a.a.O. S. 212; W. WERTENBRUCH, Die Begriffe: Beamter, Richter, Soldat auf bundesrechtlicher Grundlage, DÖV 1960, S. 674.
3) H.K.J. RIDDER (Gutachten f.d. 40. Deut. Juristentag, S. 120) will deren Entscheidungsakte daher auch "begrifflich" als Rechtsprechung ansehen.
4) Da H.K.J. RIDDER a.a.O. in seiner Formulierung lediglich auf die Unabhängigkeit des staatlichen Organs abstellt und den Begriff Richter nicht verwendet, bietet seine Begriffsbestimmung auch keine formelle Abgrenzung zur Verwaltung, denn auch Exekutivorgane sind - wie dargelegt - mit Unabhängigkeit ausgestattet.
5) Siehe S. 24 ff. .
6) E. FRIESENHAHN, Begriff der Rechtsprechung, Festschrift fur R. THOMA, S. 27; s. auch S. 28: Rechtsprechung "als Ausspruch dessen, was bei Anwendung allgemeiner Normen auf einen konkreten Tatbestand Rechtens ist, um einen Rechtsstreit zwischen zwei Parteien zu entscheiden, ...". Frühere Untersuchungen, die ebenfalls Rechtsprechung als Rechtsstreitentscheidung definieren, z.B. bei E. BÖTTICHER, Inwieweit sichern die Art. 102 ff. der RV die Unabhängigkeit des Richters, ZZP 51, S. 207; Walter JELLINEK, Verw.-recht, S. 5; E. KERN, Rechtspflege Grundsätzliches und Übersicht, HdbDStR Bd. II, S. 475; E. FRIESENHAHN, Die Staatsgerichtsbarkeit, HdbDStR Bd. II, S. 524.

Gesetzesanwendung des Charakteristikum rechtsprechender Tätigkeit, so ist damit zugleich die Besonderheit der richterlichen Stellung erkannt und erklärt. Ein neutraler Dritter erscheint gedanklich doch nur dann erforderlich, wenn sich zwei Parteien streitend gegenüberstehen [1]. Sachlichkeit und Unparteilichkeit des Dritten erwachsen aus dieser Vorstellung als unerlässliche Erfordernisse seiner Tätigkeit. Von dem Standpunkt aus erhält auch die richterliche Unabhängigkeit als institutionelle Sicherung der Neutralität ihr großes Gewicht. Eine weitere oben angedeutete Eigentümlichkeit, die das Wesen der Rechtsprechung prägt, nämlich die Fremdbezogenheit ihrer Akte, die stets Entscheidungen in Sachen Dritter sind, ist ebenfalls aus dieser Definition sinnlogisch erklärt. Der Richter befindet in distanzierter Position über einen zwischen den Rechtsuchenden schwebenden Streit, seine Aufgabe ist daher objektive Rechtsverwirklichung und nicht etwa Verfolgung eines Anspruches oder Erfüllung einer Verpflichtung des Staates. Der sog. Rechtsschutzanspruch hat dabei außer Betracht zu bleiben. Dieser begründet die Pflicht des Staates, den Rechtsuchenden die Möglichkeit zu geben, die Gerichte anzurufen, und den Parteien rechtlich Gehör zu geben [2]. Der Anspruch steht jedoch in keinem Zusammenhang mit der richterlichen Rechtsanwendung, sie wird allein durch die Normen des Prozeßrechts und des materiellen Rechts bestimmt und bezieht sich inhaltlich nicht auf die Rechtsschutzpflicht des Staates [3]. Schließlich steht auch die Passivität des Richters, die den Gegensatz zur Aktivität des Verwaltungsbeamten darstellt, in unlöslicher Beziehung zu seiner Unparteilichkeit. Wie Karl August BETTERMANN zu Recht bemerkt, erweckt jede Entfaltung von Initiative zumindest den Anschein eines Interesses und einer inneren Beteiligung.

1. Kapitel: Rein materielle Begriffsbestimmung

Sind damit die Merkmale, die der Rechtsprechung ihr typisches Gepräge verleihen, durch die Begriffsbestimmung erfaßt, so bedarf es im folgenden einer Untersuchung, ob diese Definition die Grundlage einer rein materiellen Grenzziehung zwischen den beiden Staatsfunktionen bilden kann. Schon oben ist

---

1) E. FRIESENHAHN a.a.O. S. 29; H. RUMPF, Verw. und Verw.-rspr., VVDStRL 14, S. 151, 152, 158; dagegen H. JAHRREISS, Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsgericht in Mensch und Staat, S. 156 Anm. 14, der meint, daß für die Begründung der Position des Richters als eines außenstehenden Dritten das Vorhandensein zweier streitender Parteien nicht erforderlich sei; er entwickelt jedoch keine eigene Auffassung.

2) L. ROSENBERG, Zivilprozeßrecht, S. 9, 473.

3) E. FRIESENHAHN, a.a.O. S. 26.

dargelegt, daß der unbeteiligte Dritte kein "äußerlich hinzugefügtes formales Element" [1] sondern das notwendige Korrelat der Streitentscheidung ist. So läßt sich gegen dieses Moment auch nicht einwenden, daß ja erst die jeweiligen Organisationsgesetze bestimmen, ob das Staatsorgan, das in concreto Recht anwende, als uninteressierter Dritter tätig werde [2]. Die Begriffsbestimmung nimmt nicht Bezug auf ein Staatsorgan, etwa auf den Richter, sondern setzt lediglich voraus, daß der Dritte nicht mit einem der Rechtsuchenden identisch ist [3]. Dieser Dritte "kann in urtümlicheren Verhältnissen eine Versammlung aller Bürger, die als Gesamtheit handeln, oder ein Herrscher sein, der als Träger überkommener Würde über allen Streitigkeiten steht" [4]. Unsere heutigen Anschauungen verbinden allerdings rechtsprechende Tätigkeit stets mit dem Begriff Richter, da ihm auf Grund seiner besonderen Stellung im Staatsleben wohl allein möglich ist, sich weitgehend von äußeren Einflußsphären zu lösen und zu einer neutralen Stellung zu gelangen. - Die materielle Natur der von E. FRIESENHAHN geprägten Definition kann auch nicht mit dem Hinweis in Zweifel gezogen werden, daß sie keine Erklärung biete, warum etwa die Verurteilung zu Kriminalstrafe zur Rechtsprechung gehöre, nicht aber die Festsetzung von Geldbuße und Ordnungsstrafe [5]. Der Sinn einer materiellen Begriffsbestimmung ist nicht darin zu sehen, eine Erklärung für alle positivrechtlichen Kompetenzzuteilungen zu liefern. Diese sind ja oft, da die Erkenntnis des Wesensunterschiedes der beiden Staatsfunktionen Rechtsprechung und Verwaltung - wie dargelegt - jüngeren Datums ist und erst allmählich ins Bewußtsein drang, durch die geschichtliche Entwicklung bedingt. Einer materiellen Beschreibung der Rechtsprechung obliegt es vielmehr gerade, eine klare und befriedigende Abgrenzung zur Verwaltung zu ermöglichen und an Hand dieses Maßstabes die gegenwärtige Aufgabenverteilung zu prüfen und die künftige zu bestimmen. - Endlich geht auch die Annahme fehl, die in dem Merkmal der Entscheidung eines Rechtsstreites ein formales Element, nämlich das eines

---

1) E. FRIESENHAHN a.a.O. S. 29.

2) So E. GOSSRAU, Strafgewalt und die Bußgeldkompetenz von Verwaltungsbehörden, NJW 1958, S. 931.

3) Vgl. auch C.H. ULE, JZ 1958, S. 629.

4) E.R. HUBER, Wirtschafts-Verwaltungsrecht Bd. II, S. 583/584.

5) Dies wendet E. GOSSRAU a.a.O. S. 930 ein. Auf die Problematik der Verhängung von Ordnungsstrafen durch die Verwaltung (§§ 147 ff. AO, §§ 45 ff. OWG) kann hier nicht näher eingegangen werden. Es sei lediglich auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in JZ 1969, S. 22 hingewiesen, das zu Recht feststellt, daß das Bußgeldverfahren kein "strafrechtliches" Verfahren ist. Ebenso E. KERN, Gerichtsverfassungsrecht, S. 92; vgl. weiterhin Karl PETERS, Strafprozeß, S. 32/33; Hans J. WOLFF, Verw.-recht, § 19 II, S. 69.

besonderen Streitverfahrens, erblickt [1]. Zwar versteht Eduard BÖTTICHER [2], dessen Gedanken wohl Ausgangsbasis für die vorliegende Begriffsbestimmung waren, unter "Parteienstreit" ein auf den Streit angelegtes Verfahren. Ein solches Verständnis des Ausdrucks "Rechtsstreit" ist jedoch für die hier in Rede stehende Formulierung unrichtig. Diese bezieht sich nicht auf eine bestimmte Prozeßform, etwa das kontradiktorische Verfahren der Zivilprozeßordnung, sondern ihr Gegenstand sind die materiell-rechtlichen Beziehungen, die zwischen den Rechtsuchenden umstritten sind. Die Frage, in welchem Rechtsweg und in welcher Verfahrensart der Konflikt entschieden wird, bleibt durch die Definition unberücksichtigt. Daher bietet auch das Moment der Streitentscheidung kein Argument gegen die materielle Natur der getroffenen Abgrenzung zwischen Rechtsprechung und Verwaltung.

2. Kapitel: Auseinandersetzung mit abweichenden Versuchen materieller Definitionen

a) Die Begriffsbestimmung von MÜLLER-TOCHTERMANN

Gerade unter dem eben erläuterten Aspekt ist im folgenden zu einem abweichenden Versuch, das Wesen der Rechtsprechung begrifflich zu erfassen, Stellung zu nehmen. MÜLLER-TOCHTERMANN [3] wendet sich gegen das Merkmal der Streitentscheidung. Er sieht in diesem lediglich ein Kennzeichen e i n e s zahlreicher denkbarer Gerichtsverfahren und stellt es als sog. "wechselndes Verfahrensprinzip" der Dispositions- und Untersuchungsmaxime gleich. Er beschreibt die Rechtsprechung als "die als rechtsverbindlich anerkannte Feststellung von Rechten und Pflichten eines oder mehrerer Rechtsträger in einer konkreten Situation, die von einer an der Situation unbeteiligten Stelle ausgesprochen wird [4]". Gegen diese Betrachtungsweise ist zunächst einzuwenden, daß das Streitverfahren nicht lediglich ein Verfahrensprinzip, wie z.B. der Grundsatz der Mündlichkeit oder der Unmittelbarkeit, ist, sondern doch begrifflich den Prozeß selbst darstellt, der wiederum nach dem jeweiligen Streitgegenstand durch verschiedene Maximen gekennzeichnet ist. Vor allem aber liegt dieser Argumentation jener schon oben aufgezeigte Irrtum zugrunde, daß das Element der Streitentscheidung eine Verfahrensart bedeute und somit die untersuchte Definition Rechtsprechung und Gerichtsverfahren identifiziere [5]. Schließlich ist gegen die wiedergegebene Defini-

---

1) G. MATTERN, Steuerstrafgerichtsbarkeit, StuW 1950, Sp. 360.

2) ZZP 51, S. 207 Anm. 9 a.

3) Freiwillige Gerichtsbarkeit zwischen Verwaltung und Rechtsprechung, DRiZ 1958, S. 4 ff.

4) a.a.O. S. 5.

5) So MÜLLER-TOCHTERMANN a.a.O. S. 4.

tion einzuwenden, daß sie das Moment der Entscheidung eines Rechtsstreits durch die farblose Wendung "Feststellung von Rechten und Pflichten in einer konkreten Situation" ersetzt und damit zugleich den gedanklichen Zusammenhang zerreißt, der zwischen der Streitentscheidung und dem Erfordernis eines unparteilichen Dritten besteht. Während der unbeteiligte Dritte unmittelbar und notwendig mit dem materiellen Element der Streitentscheidung gegeben ist, vermag die untersuchte Begriffsbestimmung eine inhaltliche Beziehung zwischen der Tätigkeit der Rechtsfeststellung und der "unbeteiligten Stelle" nicht herzustellen.

b) Die These von J. GOLDSCHMIDT und A. ARNDT

Eine andere von James GOLDSCHMIDT [1] und Adolf ARNDT [2] vertretene These sieht als Rechtsprechung diejenige Tätigkeit des Staates an, die den Rechten Rechtskraft verleiht [3]. In der Tat ist die Rechtskraft eine typische Erscheinung der Rechtsprechung und bietet daher einen geeigneten Anhaltspunkt für deren Wesensbestimmung zu bieten. Es bestehen jedoch erhebliche Bedenken, in dieser Wirkung rechtsprechender Tätigkeit ein Abgrenzungsmerkmal gegenüber der Verwaltung zu erblicken. Eine nähere Untersuchung hat zunächst zwischen der formellen Seite der Rechtskraft, die die Unangreifbarkeit der getroffenen Entscheidung durch ordentliche Rechtsmittel bedeutet, und der materiellen zu unterscheiden, die in der Maßgeblichkeit des Urteilsinhaltes besteht. Die formelle Rechtskraft ist eine Eigenschaft, die in keiner Beziehung zu dem Inhalt der gefällten Entscheidung steht, sondern nur auf der Gewährung von Rechtsbehelfen beruht [4]; sobald die Einlegung ordentlicher Rechtsmittel unzulässig ist, tritt diese Wirkung des Urteils ein. Fehlt bei der formellen Rechtskraft also jede Bezugnahme auf die Besonderheiten und Qualitäten des Urteils, so wird man sie nicht als ein Spe-

---

1) Der Prozeß als Rechtslage, S. 151.

2) Richter, Gericht und Rechtsweg in der Reichsverfassung, AöR 60, S. 215; Das Bundesverfassungsgericht, DVBl 1951, S. 297.

3) Ähnlich E. BERNATZIK (Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, S. 130), der jeden Akt, der in materielle Rechtskraft erwächst, als Rechtsprechung angesehen hat. Vgl. schließlich B. BENDER, der in seiner jüngst erschienenen Untersuchung (S. 25 ff.) - im Anschluß an A. ARNDT - ebenfalls an den Gedanken der Rechtskraft anknüpft. Danach (S. 28) ist "der allein bedeutsame Unterschied zwischen Rspr. und Verw." darin zu sehen, "daß eine hoheitliche, für den Einzelfall ergehende Entscheidung niemals gegen den Willen eines Verfahrensbeteiligten materiell rechtskräftig werden kann, es sei denn, daß es sich um einen Akt der rechtsprechenden Gewalt handelt".

4) L. ROSENBERG, Zivilprozeßrecht, § 146 I 2, S. 729; A. NIKISCH, Zivilprozeßrecht, § 103.

zifik an des richterlichen Wirkens werten könne. Daher wird auch im Verwaltungsrecht die Unanfechtbarkeit, also die formelle Rechtskraft aller Verwaltungsakte, die mit formellen Rechtsmitteln angreifbar sind, angenommen, sobald infolge Fristablauf deren Einlegung unmöglich geworden ist [1]. Aber auch die materielle Rechtskraft im Sinne der Endgültigkeit und Unbestreitbarkeit der getroffenen Feststellungen ist nicht auf die richterliche Tätigkeit beschränkt, sondern wird von einer vordringenden, heute wohl überwiegenden Ansicht [2] auch auf diejenigen Verwaltungsakte ausgedehnt, die den Eigentümlichkeiten des Urteils nahekommen. So werden Verwaltungsentscheidungen, denen ein fest umrissener, abgeschlossener Sachverhalt zugrunde liegt, und die unter Anwendung positiver Rechtssätze in einem formlichen Verfahren über eine öffentliche Rechtslage befinden, als der materiellen Rechtskraft fähig bezeichnet [3]. Damit ist die Rechtskraft kein verwertbares Kriterium zur inhaltlichen Abgrenzung von Rechtsprechung und Verwaltung. Die von E. BERNATZIK in konsequenter Verfolgung dieser These vertretene Ansicht, daß alle Verwaltungsakte, die in materielle Rechtskraft erwachsen können, Rechtsprechung darstellen [4], mißachtet alle oben entwickelten Strukturunterschiede zwischen den beiden Staatsfunktionen und verwischt jede Grenzziehung [5].

c) Die Untersuchung von Ch.-F. MENGER

Die Untauglichkeit des Unterscheidungsmerkmals "Rechtskraft" ergibt sich endlich auch noch aus den folgenden Erwägungen. In neuerer Untersuchung hat Ch.-F. MENGER [6] als sachlichen Kriterium, das Rechtsprechung und Verwaltung trennt, das Element der abschließenden, endgültigen Entscheidung entwickelt und dabei einen Gedanken aufgenommen, dessen typischer Ausdruck gerade die Rechtskraft gerichtlicher Urteile ist. Diese Auffassung sieht als Kennzeichen der Rechtsprechungsakte an, daß diese den Anspruch auf endgültige Verbindlichkeit erheben, während die Entscheidungen der Verwaltungsbehörden z. B. im verwaltungsrechtlichen Vorverfahren von vornherein "nicht auf Rechtskraft gezielt" [7] sind, sondern höchstens infolge Nichteinlegung von Rechtsbehelfen Bestandskraft erlangen kön-

---

1) E. FORSTHOFF, Verw.-recht, S. 232; Hans J. WOLFF, § 52 II, S. 270 f.
2) Vgl. dazu E. FORSTHOFF, S. 233 ff. (236/237); Hans J. WOLFF, § 52 III, S. 272.
3) E. FORSTHOFF a.a.O.; Hans J. WOLFF a.a.O.
4) Siehe oben S. 35 Anm. 3.
5) Ebenso E. FORSTHOFF, Verw.-recht S. 236.
6) Hochstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, Verw.Arch. 49, S. 179 f.; 50, S. 193, 195; 51, S. 66 f.
7) Ch.-F. MENGER, Verw.Arch. 51, S. 67 Anm. 18.

nen. Prüft man eine begriffliche Differenzierung zwischen Rechtskraft und Bestandskraft [1] so ist auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts unter letzterer lediglich die Bindungswirkung gegenüber Dritten zu verstehen, die der Verwaltungsbehörde aber die Möglichkeit läßt, den Verwaltungsakt mit Wirkung ex tunc - formelle Bestandskraft - oder mit Wirkung ex nunc - materielle Bestandskraft - zurückzunehmen. Die Entscheidungen der Verwaltung erlangen jedoch nicht nur diese relative Endgültigkeit, wie MENGER meint, sondern können vielmehr unter bestimmten dargelegten Umständen auch formell und materiell rechtskräftig werden. Betrachtet man das Kriterium unter dem weiteren von Ch.-F. MENGER hervorgehobenen Gesichtspunkt der Letztentscheidung, so ergibt sich, daß diese nicht ein konstitutives Merkmal, sondern eine Folge der Rechtsprechung ist [2]. Die Befugnis zur abschließenden Entscheidung ist dem Richter übertragen, weil seine Tätigkeit besondere Gewähr hinsichtlich der Richtigkeit der Entscheidungen bietet, die somit im menschlichen Bereich als letztes Wort angesehen werden sollen. Diese Garantie mag ihren tieferen Grund in der Neutralität des Richters haben, die durch institutionelle Sicherungen wie z.B. Unabhängigkeit gegen andere Einflüsse abgeschirmt ist. Das Recht der Letztentscheidung stellt damit aber noch kein begriffsnotwendiges Merkmal der Rechtsprechung dar [3], der materiell-rechtliche Charakter einer Entscheidung bleibt vielmehr davon unberührt, ob diese einer Überprüfung durch ein Organ einer anderen Gewalt unterliegt oder nicht [4].

---

1) Vgl. dazu Hans J. WOLFF, Verw.-recht, § 52, S. 270 ff.

2) H. WESTERMANN (Wesen der richterlichen Streitentscheidung, S. 10) bezeichnet die materielle Rechtskraft als "Begleiterscheinung" der richterlichen Streitentscheidung. Auch Ch.-F. MENGER (Verw.Arch. 49, S. 179) muß einräumen, daß die Endgültigkeit der Entscheidung nicht Begriffselement, sondern Folge der Rechtsprechung ist. Zudem besteht z.B. im Straf- und Jugendstrafrecht (so in § 306 Abs. II StPO, §§ 11, 23, 65 JGG) die Möglichkeit einer Abänderung gerichtlicher Entscheidungen durch den iudex a quo.

3) Vgl. schon A. WACH, Hdb. des Zivilprozeßrechts, S. 20: "Aber irrtümlich wird Zweck und Wesen des Prozesses in der urteilsgemäßen, d.h. unanfechtbaren Formulierung des Rechts gesucht".

4) C.H. ULE, JZ 1958, S. 629. Trifft eine Verwaltungsbehörde einen Akt materieller Rechtsprechung - die umstrittene Frage, ob dies (z.B. die Strafgewalt der Finanzämter) mit Art. 92 GG vereinbar ist, kann hier offen bleiben -, so verliert diese Maßnahme ihren materiell-rechtlichen Charakter nicht dadurch, daß gegen sie der Rechtsweg eröffnet wird.

d) Die Definition von K. A. BETTERMANN

Erweist sich damit das Kriterium der endgültigen Verbindlichkeit als ungeeignet, die Rechtsprechung von der Verwaltung zu sondern, so vermag auch die von Karl August BETTERMANN unter teilweiser Anlehnung an R. THOMA geprägte Definition der Rechtsprechung als des "verselbständigten und verbindlichen, also der materiellen Rechtskraft fähigen Ausspruches dessen, was in der Sache rechtens ist" [1], diese Aufgabe nicht zu erfüllen. Die Verselbständigung des Ausspruchs stellt - wie oben dargelegt - ein organisatorisches Element dar und vermag daher ebensowenig wie die materielle Rechtskraft einen Anhaltspunkt zur materiellen Abgrenzung der beiden Staatsfunktionen zu bieten.

e) Die These von H. REUSS

Eine weitere von Hermann REUSS [2] durchgeführte Untersuchung sucht das Wesen der Rechtsprechung nicht aus der materiellen Struktur der dem Richter zugewiesenen Aufgaben, sondern aus der Folge, "mit der das Gesetz den Richterspruch ausgestattet hat", aus der Ingangsetzung der staatlichen Vollstreckungsgewalt zu erklären. Danach heißt Richten: "unabhängig, insbesondere frei von Sachweisungen für den Einzelfall, aber normgebunden in einem prozeßförmig geordneten Verfahren maßgeblich über die auctoritas interpositio des Staates, regelmäßig über den Einsatz seiner Vollstreckungsgewalt, entscheiden" [3]. In der Tat stellt die Überantwortung an die staatliche Exekutive einen für die unterlegene Prozeßpartei und den Angeklagten folgenschweren Ausfluß richterlicher Tätigkeit dar. Die Vollstreckung ist jedoch weder ein begriffliches, noch auch nur notwendiges oder typisches Merkmal der rechtsprechenden Funktion. REUSS selbst hat nicht verkannt, daß es Prozesse gibt, die niemals zu einer Zwangsvollstreckung führen können, wie die Verfahren auf Grund einer Feststellungs- oder Gestaltungsklage [4]. Diese Erkenntnis bedeutet aber doch schon eine erhebliche Einschränkung seiner Theorie. Zudem ist nicht jedes Leistungsurteil vollstreckungsfähig, so ist eine zwangsweise Durchsetzung der Forderung gem. § 888 Abs. II ZPO bei der Erwirkung bestimmter unvertretbarer Handlungen ausgeschlossen [5]. Eine Vollstreckung hat nicht stets eine richterliche Tätigkeit zur Voraussetzung, sie kann z.B. auch aus Vergleichen stattfinden, die vor einer durch die Landesjustizverwaltung eingerichteten oder anerkannten Gütestelle geschlossen sind (§ 794 Ziff. 1 ZPO); weiterhin kann schon

---

1) K.A. BETTERMANN, Festschrift für F. LENT, S. 24.

2) Vom Wesen des Richtens, DVBl 1955, S. 311 ff. .

3) a.a.O. S. 313.

4) a.a.O. S. 313.

5) L. ROSENBERG, Zivilprozeßrecht, § 169 II, S. 881.

vor einer endgültigen richterlichen Entscheidung die Vollstreckung betrieben werden, wenn z.B. ein Leistungsurteil für vorläufig vollstreckbar erklärt und vollstreckt, aber zugleich durch ein Rechtsmittel angefochten wird. Endet ein Strafprozeß mit einem freisprechenden Urteil, so schließt sich auch an dieses Verfahren keine Vollstreckung an. Welche untergeordnete Bedeutung der Gedanke der Vollstreckungsgewalt im Rahmen der Rechtsprechung hat, ergibt endlich ein Blick auf die Verwaltungs- und die Verfassungsgerichtsbarkeit. Ist in einem Verwaltungsstreitverfahren die den Staat vertretene Behörde unterlegen, so dürfte wohl jedes Staatsorgan ohne Androhung oder Anwendung von Zwang dem Urteilsspruch Folge leisten. Dies gilt erst recht für das Gebiet der Verfassungsgerichtsbarkeit. Bei intakter Staats- und Rechtsordnung wird die Autorität der Verfassungsgerichte genügen, um den Vollzug ihrer Entscheidungen sicherzustellen. Überhaupt ist davon auszugehen, daß die meisten verurteilten Schuldner freiwillig ihre Verpflichtungen erfüllen. Demnach kann die Eigenart der richterlichen Tätigkeit nicht in der Entscheidung über den Einsatz der staatlichen Zwangsgewalt gesehen werden; die Möglichkeit einer Vollstreckung ist kein notwendiges Kennzeichen des Urteils, und auch in tatsächlicher Hinsicht stellt die Anwendung staatlicher Zwangsmittel eine Ausnahmeerscheinung dar [1].

f) Die Untersuchung von L. SCHWAB

Endlich ist in einer kürzlich erschienenen Untersuchung [2] ein neuer Versuch unternommen worden, die Rechtsprechung nach inhaltlichen Gesichtspunkten von der Verwaltung abzugrenzen. Im Vordergrund dieser Bemühungen steht als ein Kernbereich rechtsprechender Tätigkeit der Zivilprozeß, auf den daher auch im folgenden die kritische Betrachtung beschränkt ist. Dieser wird definiert "als das rechtlich geordnete staatliche Verfahren zur Bewährung der Rechtsordnung durch Verwirklichung des Privatrechtes (ausnahmsweise auch im öffentlichrechtlichen Bereich, soweit das allgemeine bürgerliche Gericht auch Rechtsschutz gegenüber der öffentlichen Gewalt gewährt) im konkreten Einzelfall an Stelle der Selbstverwirklichung des einzelnen Rechtes durch den Berechtigten selbst im Wege der Selbsthilfe, aber nicht im öffentlichen Interesse an dem einzelnen Rechte selbst" [3]. Diese Begriffsbestimmung gibt zwar in zutreffender Weise die geschichtliche Entwicklung und die Eigenart des Zivilprozesses wieder, bietet jedoch kein durch-

---

1) Siehe A. WACH, Hdb. des Zivilprozeßrechts, S. 11: "Es wäre endlich irrig, den Zweck des Prozesses aufgehen zu lassen in dem Vollstreckungszwang."

2) L. SCHWAB, Das Verhältnis der freiwilligen Gerichtsbarkeit zur streitigen Gerichtsbarkeit, Diss. Bonn, S. 112 ff.

3) a.a.O. S. 116; über die weiteren Gebiete, die L. SCHWAB zur Rechtsprechung rechnet, siehe S. 125.

[illegible] Verwaltung. Gewiß bildet die Selbsthilfe [illegible] Rechtsschutzmittel [illegible] Entwicklung des Zivilprozesses [illegible]. Wie aber [illegible] Regelung des [illegible] zeigt, wird nicht nur das Gericht an Stelle des untersagten Selbstdurchsetzungsrechtes des einzelnen tätig, vielmehr ist die eigenmächtige Verwirklichung eines privatrechtlichen Anspruches unzulässig, wenn [illegible] Hilfe [illegible] Handlungen auch z. B. der Einsatz der Polizei zählt, rechtzeitig zu erlangen ist [illegible]. Leistet die vollziehende Gewalt in solchen Fällen Rechtsschutz, so handelt sie zwar vornehmlich zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung, dies schließt aber nicht aus, daß das Anliegen des einzelnen Berechtigten damit übereinstimmt und berücksichtigt wird. Beide Interessensphären können somit eine Verbindung eingehen. Der Verwaltungsbeamte handelt allerdings auch dann noch in eigener Sache, doch wird für diese Fälle eine kontradiktorische Gegenüberstellung des öffentlichen Interesses und der Belange des einzelnen Berechtigten hinfällig.

Kann mithin auch die Verwaltung dem rechtsuchenden Bürger Unterstützung bieten, so stellen die wesentlichen Bestandteile der wiedergegebenen Definition ein verwertbares Kriterium nicht dar. Weder die Erhaltung der Rechtsordnung noch die Gewährung von Rechtsschutz oder - wie man unter einem weiteren Aspekt sagen konnte - die Sicherung der Persönlichkeitssphäre sind ausschließliche Obliegenheiten der dritten Gewalt [3]. Der Wandel der gesellschaftlichen Ordnung und vor allem der vom Verfassungsgesetzgeber in Art. [illegible] und 28 GG konzipierte materiale Rechtsstaat haben die Verwaltung berufen, die soziale Gerechtigkeit zu verwirklichen [4]. Die vollziehende Gewalt ist in allen ihren Erscheinungsformen vom Recht durchwaltet; gleichgültig ob sie ordnend, leistend oder verteilend tätig wird, stets wird sie durch die positive Rechtsordnung geprägt und bestimmt. Damit obliegt auch den Verwaltungsorganen die Aufgabe, einen materiellen Rechtszustand herbeizuführen [5]. In ihrem weiten Zuständigkeitsbereich, der von dem

---

1) L. ROSENBERG, Zivilprozeßrecht, § 1 III 1, S. 2; A. NIKISCH, Zivilprozeßrecht, S. 2; SCHÖNKE-SCHRÖDER-NIESE, Zivilprozeßrecht, S. 5 f. .

2) SOERGEL-SIEBERT, §§ 229-231, Bem. 4; ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 242 II 3, S. 1461.

3) Wie anscheinend L. SCHWAB (a.a.O. S. 119 f.) meint. Gegen diese Ansicht auch H. RUMPF, Verw.- u. Verw.-rspr., VVDStRL 14, S. 159.

4) Siehe oben S. 10 f. .

5) E. FORSTHOFF, Verw.-recht, S. 4 (siehe vor allem Fußnote 3); Hans PETERS, Festschrift für W. LAFORET, S. 22; Erich BECKER, VVDStRL 14, S. 117 und passim; Hans J. WOLFF, Verw.-recht, § 11 II b 3, S. 43, § 21 III c, S. 77.

Eingriff in bestehende Rechtslagen über die allgemeine Daseinsvorsorge bis zur individuellen Fürsorge z.B. bei Unglücksfällen reicht, sind sie verpflichtet, entsprechend den geschriebenen oder ungeschriebenen Gerechtigkeitsprinzipien ausgleichend zu wirken, sie haben objektiv minderwertige Interessen, soweit sie mit wertvolleren kollidieren, zurückzudrängen und für persönliche und sachliche Gleichheit zu sorgen. Auch die Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung ist mithin auf die Erhaltung und Fortentwicklung der Rechtsordnung gerichtet [1] und leistet dadurch zugleich - in ihrer Weise [2] - einen Beitrag zum Schutze der Persönlichkeitssphäre des einzelnen Bürgers.

Die obige Begriffsbestimmung vermag damit ebenfalls nicht zu der erstrebten materiellen Scheidung der beiden großen Staatsfunktionen Verwaltung und Rechtsprechung zu führen [3].

7. ABSCHNITT: Erläuterung der Begriffsbestimmung E. FRIESENHAHNs

1. Kapitel: Der Begriff des Rechtsstreits und seine Abgrenzung

Bietet mithin allein die Definition E. FRIESENHAHNs eine Grundlage, das Wesen der Rechtsprechung nach materiellen Gesichtspunkten von der Verwaltung abzugrenzen [4], so bedarf es im folgenden einer näheren Betrachtung des Kernstückes

---

1) Hans J. WOLFF, § 3 II a, S. 16.

2) Vgl. auch H. GERBER, Freiheitsentziehung nach Art. 104 GG, DÖV 1952, S. 390 Anm. 29.

3) Notwendigerweise geht daher auch die von L. SCHWAB (a.a.O. S. 126-143) nach diesen Kriterien vorgenommene Einordnung der f.G. unter die Staatsfunktionen fehl.

4) Überwiegende Ansicht, außer den oben S. [illegible] Anm. [illegible] erwähnten Autoren vertreten eine damit im wesentlichen übereinstimmende Auffassung z.B. O. KOELLREUTTER, Rechtspflege und Verw., AöR 60, S. 416; im folgend Friedrich KLEIN, Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat, ZgesStW 106, S. 406; Hans PETERS, Verw.-recht, S. 3; ders., Die Gewaltentrennung, S. 6; C. DERNEDDE, ZIBl BZ 1949, S. 102; G. MATTERN, Steuerstrafgerichtsbarkeit, StuW 1950, Sp. 358 f.; ders., Steuerstrafverfahren, ZStrW 67, S. 404; H. HOLTKOTTEN, Bonn. Komment., Art. 92, Anm. II 1 b; K. KLEINRAHM, Justizreform und Grundgesetz, Rpfleger 1952, Sp. 5; LOPPUCH, NJW 1953, S. 1128; E.R. HUBER, Wirtsch.-Verw.-recht Bd. II, S. 583; U. KAPUST, Diss. Kiel, S. 95; ders., DRiZ 1955, S. 36; H. WEINKAUFF, DRiZ 1954, S. 227; Referenten-Denkschrift, S. 9; O.W. GEHRING, DÖV 1954, S. 333; F. GRÄBER, Das Wesen des "richterlichen" Geschäfts, DRiZ 1955, S. 7; O. MÖLLINGER, Gerichtsbarkeit bei Steuerdelikten, AöR 80, S. 290; H. von MANGOLDT, Vorbem. 3 a

dieser Begriffsbestimmung, des Rechtsstreits. Schon aus dem Ausdruck folgt, daß es sich nicht um eine beliebige Meinungsverschiedenheit zwischen zwei Parteien handelt, sondern daß deren Streitigkeit sich "um geltend gemachtes und bestrittenes Recht" [1] dreht. Der Auseinandersetzung zwischen den Kontrahenten liegt also stets eine rechtliche Beziehung, ein Rechtsverhältnis, zugrunde, das der einen Seite Machtbefugnisse einräumt und der anderen Seite Verpflichtungen auferlegt. Die Entscheidung eines Rechtsstreites steht damit in unlösbarem Zusammenhang mit dem Begriff des subjektiven Rechts [2]. Dieser ist nicht in seiner spezifisch privatrechtlichen Ausprägung, sondern in einer allgemeineren Bedeutung zu verstehen; sein Grundelement ist in einem "Verlangendürfen" zu sehen [3]. Es liegt stets dann vor, wenn einem Rechtssubjekt eine gesicherte Rechtsbefugnis zuerkannt und es berechtigt ist, seinen Rechtsbereich gegen ein anderes Rechtssubjekt zu verteidigen und den Verpflichteten zu rechtsgemäßem Verhalten zu zwingen [4]. In diesem weiten Sinne ist eine solche Rechtsbefugnis nicht nur im Gebiet des Privatrechtes gegeben, sondern läßt sich auch für andere Rechtskreise nachweisen [5]. Allerdings ist dabei zu beachten, daß die Rechtssubjekte, an die die Rechtsnormen in den einzelnen Rechtssphären anknüpfen, verschieden sind. Im Verwaltungsrechtskreis sind der Staat, repräsentiert durch die handelnde Behörde, und der Bürger Träger des Rechtsverhältnisses. In der Verfassungs- und auch Verwaltungsrechtssphäre können Staatsorgane, die keine Personen im Sinne des Privatrechts sind, im Hinblick auf den innerstaatlichen Bereich mit einer gesicherten Rechtsposition ausgestattet sein [6]. In welchem Umfange die "innerorganisatorischen" Beziehungen

---

Fortsetzung der Fußnote 4 von Seite 41:
vor Art. 92; H. RUMPF, VVDStRL 14, S. 151 und passim; H. NAWIASKY, Allg. Staatslehre, 2. Teil, Bd. II, S. 59; Hans J. WOLFF, § 19, S. 66 ff.; L. ROSENBERG, § 10 II, S. 32; G. WACKE, Die Erstattung von Gutachten, AöR 83, S. 313. C.H. ULE, JZ 1958, S. 629 (frühere abweichende Ansicht in AöR 80, S. 246 damit aufgegeben); ders. in M. von BRAUCHITSCH's Verwaltungsgesetze, § 42 IV 3, S. 126; E. FORSTHOFF, Verw.-recht, S. 5/6; E. KERN, Gerichtsverfassungsrecht, S. 54; A. KÖHLER, VwGO, § 1 IV, S. 87; K. SCHÄFER in LÖWE-ROSENBERG Bd. II, Vorbem. z. GVG, S. 17.

1) H. TRIEPEL, Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern, S. 15.
2) E. FRIESENHAHN, Begriff der Rspr., S. 36/37; E.R. HUBER a.a.O. S. 583; Hans J. WOLFF, § 19 I b, S. 66.
3) R. THOMA, Das System der subjektiven öffentl. Rechte. HdbDStR Bd. II, S. 616; ihm folgend E. FRIESENHAHN a.a.O. S. 40.
4) R. THOMA a.a.O. S. 616/617.
5) R. THOMA a.a.O. S. 617; E. FRIESENHAHN a.a.O. S. 37 f.
6) R. THOMA a.a.O. S. 611; E. FRIESENHAHN a.a.O. S. 38/39.

der Staatsorgane zu Rechtsverhältnissen ausgestaltet sind, bedarf der Untersuchung im Einzelfall.

In einem Gemeinwesen bestehen jedoch nicht nur Streitigkeiten über behauptete subjektive Rechte und Pflichten, sondern werden in großem Umfange auch Auseinandersetzungen um bloße gegensätzliche Interessen geführt [1]. Diese Interessenkonflikte werden nicht durch Anwendung allgemeiner Rechtsnormen entschieden, sondern können nur unter Berücksichtigung und Abwägung der tatsächlichen Verhältnisse einem Ausgleich zugeführt werden. Es handelt sich bei ihnen "um einen Kampf zwischen Willen und Willen" [2], der durch die Rechtsordnung nicht entschieden ist. Die Schlichtung eines solchen Interessengegensatzes ist scharf von der Entscheidung eines Rechtsstreites zu trennen, auch wenn der Interessenausgleich in justizförmiger Weise, d.h. in einem geordneten Verfahren, geschieht [3]. Nur der Rechtsstreitigkeit liegt eine gesetzliche Bewertung der widerstrebenden Interessen zugrunde, sie allein wird um Recht oder Unrecht geführt. Als Gegenstand der richterlichen Tätigkeit sind damit die korrespondierenden Berechtigungen und Verpflichtungen zweier Rechtssubjekte - im weitesten Sinne - erkannt. Der Zusammenhang zwischen rechtsprechender Tätigkeit und Anspruch - als der häufigsten Erscheinungsform des subjektiven Rechts [4] - wird auch von Autoren, die das Merkmal der Streitentscheidung ablehnen, anerkannt [5].

2. Kapitel: Die Entscheidung eines Rechtsstreites und die verschiedenen Formen der Gerichtsbarkeit

Ist damit der maßgebliche Bestandteil der zur Untersuchung stehenden Begriffsbestimmung in seinem Sinngehalt erkannt, so bedarf es im folgenden einer näheren Betrachtung, ob sich dieses Element in den verschiedenen seither unterschiedenen Bereichen der Gerichtsbarkeit nachweisen läßt.

---

1) H. TRIEPEL, Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern, S. 19.

2) H. TRIEPEL a.a.O. .

3) Die Wichtigkeit dieser Unterscheidung wird ausdrücklich betont z.B. von Carl SCHMITT, Hüter der Verfassung, AöR 55, S. 173; R. THOMA, Grundbegriffe und Grundsätze, HdbDStR Bd. II, S. 129 Anm. 49; E. R. HUBER, Bd. II, S. 635 f. .

4) Über die drei Kategorien: Beherrschungsrechte, Ansprüche und Gestaltungsrechte vgl. ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 73.

5) J. GOLDSCHMIDT, Prozeß als Rechtslage. S. 151; vor allem Adolf ARNDT, Richter, Gericht und Rechtsweg in der Reichsverfassung, AöR 60, S. 216.

a) Zivilgerichtsbarkeit

Das Augenmerk soll zunächst auf die Zivilgerichtsbarkeit als einen Schwerpunkt der rechtsprechenden Gewalt gerichtet werden. Kennzeichnend für diesen Rechtskreis sind das Sich-Gegenüberstehen von Gläubiger und Schuldner und die beide Parteien verbindenden Begriffe der Forderung und Verbindlichkeit, so bestätigt auch schon die gesetzliche Kompetenzregelung die hier vertretene Auffassung über den Aufgabenbereich des Richters. Nach § 13 GVG bilden die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, die in ihrer Gesamtheit dem ordentlichen Gericht zugewiesen sind, den Gegenstand der zivilrichterlichen Tätigkeit. Dem gesetzlichen Begriff des Rechtsstreits ist jedoch verschiedentlich der Hinweis entgegengehalten worden, daß nicht jeder Zivilprozeß zu einer streitigen Auseinandersetzung der Parteien vor dem Richter führen muß [1]. In der Tat kann im Einzelfall ein Streit fehlen, so beruhen Anerkenntnisurteil und Versäumnisurteil nicht auf dem Ergebnis einer streitigen gerichtlichen Verhandlung. Gerade diese beiden Entscheidungen werden dann auch als Argumente gegen die Definition der Rechtsprechung als Rechtsstreitentscheidung geltend gemacht [2]. Eine nähere Betrachtung der Eigenart dieser Verfahren zeigt jedoch, daß auch ihnen die Vorstellung eines Rechtsstreites immanent ist. Die Erklärung des Beklagten, daß der vom Kläger gemachte Anspruch ganz oder teilweise bestehe, erfolgt häufig erst im Verlaufe des Prozesses, nachdem er die für ihn ungünstige Verfahrenslage erkannt hat. Eine streitige Auseinandersetzung zwischen den Parteien ist dann also vorausgegangen; aber selbst in den Fällen, in denen der Beklagte alsbald nach Verfahrensbeginn die Anerkenntniserklärung abgibt, liegt eine "Herausforderung zum Streit" [3] vor. Sie ist darin zu erblicken, daß bis zu diesem Zeitpunkt die Erfüllung der Verbindlichkeit verweigert worden ist. Das vorzeitige Nachgeben des Beklagten hat somit den streitigen Charakter des Verfahrens nur verdeckt, aber nicht verändert. Auch das Versäumnisverfahren ist durch einen solchen latenten Streit gekennzeichnet. Er wird offenbar, wenn die säumige Partei Einspruch einlegt und dadurch der Prozeß in die Lage zurückversetzt wird, in der er sich vor Eintritt der Versäumnis befand (§ 342 ZPO). In diesem Falle werden das gesamte Verhalten beider Partei-

---

1) A. WACH, Hdb. des Zivilprozeßrechts, S. 18; K. HELLWIG, Lehrb., S. 42; L. ROSENBERG, S. 1; A. NIKISCH, S. 5.

2) F. BAUR, Begriff der Rspr. und die f.G., DNotZ 1955, S. 511; W.J. HABSCHEID, Grundfragen der f.G., Rpfleger 1957, S. 168; ders., Zivilrechtspflege im Spannungsfeld verfassungsrechtlicher Grundsätze, JR 1958, S. 362.

3) E.R. HUBER, Bd. II, S. 554; H. WESTERMANN (Wesen der richterl. Streitentscheidung, S. 8) spricht im Hinblick auf diese Fälle von der Möglichkeit eines echten Parteienstreits.

en bei früheren Verhandlungen und alle früheren Gerichtshandlungen wieder wirksam. Der Umstand, daß eine Partei einem Termin ferngeblieben ist oder nicht verhandelt hat, läßt damit die streitige Natur des Verfahrens unberührt, die Idee der Streitentscheidung liegt auch dem Versäumnisverfahren zugrunde.

b) Strafgerichtsbarkeit

Die Frage, ob der Strafprozeß einen Rechtsstreit oder - um einen in der strafprozessualen Literatur häufig verwendeten Begriff zu gebrauchen - einen Parteiprozeß darstellt, weist auf ein Problem, das zahlreiche und im Ergebnis sehr unterschiedliche Untersuchungen ausgelöst hat. Ein Ansatzpunkt zur Klärung des strafprozessualen Rechtsverhältnisses kann zunächst nicht aus dem Wortlaut der Zuständigkeitsregelung gewonnen werden, wie wohl Werner FLUME [1] unter Hinweis auf die unterschiedliche Formulierung in § 13 GVG meint, der von bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen spricht. Dem ist zu Recht entgegengehalten worden, daß § 12 GVG, der ja auch die Rechtsprechung in Strafsachen umfaßt, den gemeinsamen Oberbegriff der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit enthält [2]. Auch das äußere Erscheinungsbild der Hauptverhandlung, die zuweilen, wenn z.B. der Staatsanwalt von der Schuld des leugnenden Angeklagten überzeugt ist, durchaus einen kontradiktorischen Verlauf nehmen kann [3], vermag die Struktur des Strafverfahrens nicht zu erhellen. Maßgebend für die rechtliche Charakterisierung des Strafprozesses ist vielmehr die Stellung, die der Gesetzgeber dem Gericht, dem Staatsanwalt und dem Beschuldigten zugewiesen hat. Zwar finden sich Strafverfahren, in die die Staatsanwaltschaft nicht eingeschaltet ist [4], oder bei denen sie in der Hauptverhandlung nicht in Erscheinung zu treten braucht [5]. Doch wird sich die Kennzeichnung, die aus dem Regelverfahren abzuleiten ist, auch auf diese lediglich aus Zweckmäßigkeitsgründen vereinfachten Sonderfälle zu erstrecken haben.
Dagegen haben die Entscheidungen des Strafrichters über die bedingte Entlassung (§ 26 StGB) und des Jugendrichters über die Entlassung zur Bewährung (§§ 88, 89 JGG) in diesem Zusammenhang außer Betracht zu bleiben. Diese Maßnahmen entscheiden nicht über die Art und Dauer der Verurteilung eines Rechtsbrechers.

---

1) Festgabe für R. SMEND, S. 78 Anm. 45.
2) U. KAPUST, Diss., S. 95 Anm. 4.
3) Gemäß § 240 Abs. 1 StPO darf der Staatsanwalt mit Erlaubnis des Vorsitzenden sogar Fragen an den Angeklagten stellen.
4) Erlaß einer amtsrichterlichen Verfügung § 111 StPO, einer jugendrichterlichen Verfügung § 75 JGG.
5) Beschleunigtes Verfahren § 212 StPO, vereinfachtes Jugendverfahren § 78 JGG.

sie berühren überhaupt nicht "das Verhältnis von Strafe und Straftat" [1]. Ihrer materiellen Natur nach liegt die vorläufige Entlassung auf dem Gebiet der Strafvollstreckung [2], die keine echte richterliche Aufgabe, sondern der Sache nach eine Obliegenheit der Verwaltung ist [3]. Diese Charakterisierung wird bestätigt durch die Geschichte der erwähnten Vorschriften über die Strafentlassung auf Wohlverhalten. Das Strafgesetzbuch hatte bis zu seiner Änderung durch das dritte Strafrechtsänderungsgesetz v. 4.8.1953 in § 25 die Entscheidung über die bedingte Entlassung der obersten Justizbehörde übertragen, auch das Reichsjugendgerichtsgesetz v. 6.11.1943 wies die Entlassung auf Probe dem Vollstreckungsleiter zu und behandelte damit die Entscheidung ebenfalls als einen Akt der Verwaltung [4]. Diese materiell-rechtliche Struktur wird auch nicht durch eine bloße Zuständigkeitsverschiebung beeinflußt, wie sie das genannte Strafrechtsänderungsgesetz in § 26 StGB für die bedingte Entlassung geschaffen hat, auch § 88 JGG, der die Maßnahmen des Vollstreckungsleiters nach §§ 88, 89 JGG ausdrücklich als jugendrichterliche Entscheidungen bezeichnet, verändert nicht deren Wesen als Akte materieller Verwaltung [5]. Die Bestimmungen dehnen lediglich den gerichtlichen Rechtsschutz über den Bereich der Rechtsprechung aus und unterstellen dem die erwähnten Entscheidungen, die sachlich der zweiten Gewalt angehören.

Ist damit der zu untersuchende Bereich des Strafprozesses in groben Zügen umrissen, so ist es nun ein aufschlußreicher Hinweis für dessen Eigenart zu werten, daß die Strafprozeßordnung nur am Rande in zwei Bestimmungen (§§ 380 Abs. IV u. 471 Abs. V StPO), die zudem noch das Privatklageverfahren betreffen, das Wort "Partei" verwendet und auch die Frage der Partei- und Prozeßfähigkeit völlig unbeachtet läßt [6]. Das Wesen des Strafverfahrens wird sichtbar, wenn man

---

1) Karl PETERS, Die kriminalpolit. Stellung des Strafrichters, S. 174 Anm. 1.

2) SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 26 Anm. I; vgl. weiter Karl PETERS a.a.O.

3) RGSt 21, S. 428; 31, S. 78; Karl PETERS, Strafprozeß, § 78 II, S. 547; Karl SCHÄFER in LÖWE-ROSENBERG, § 1 GVG Anm. 1 b, S. 19; E. KERN, Gerichtsverfassungsrecht, S. 8; DALLINGER-LACKNER, Vorbem. vor § 82, Bem. 10 (insbes. für die Tätigkeit des Jugendrichters als Vollstreckungsleiter).

4) Vgl. für § 25 StGB A. SCHÖNKE (6. Aufl.), § 25 Anm. III; für § 59 RJGG Karl PETERS, RJGG, § 59 Anm. 5.

5) Damit widerlegt der Umstand, daß der Richter in den Verfahren nach §§ 26 StGB, 88/89 JGG von Amts wegen tätig werden kann, auch nicht das oben hervorgehobene Merkmal, daß ein Charakteristikum der Rechtsprechung das Antragserfordernis ist.

6) Darauf weist zu Recht Eberhard SCHMIDT, Lehrkommentar Teil I, S. 62, Bem. 99 hin.

die Stellung und den Aufgabenbereich der Anklagebehörde ins Auge faßt. Der Vertreter der Anklage ist nicht der Gegenspieler des Angeklagten [1], die Interessen beider sind vielmehr bezüglich des Verfahrensgegenstandes "inkommensurabel" [2]. Die Staatsanwaltschaft ist zu objektiver Amtsführung verpflichtet, sie verfolgt keine eigenen Zwecke, sondern unterstützt das Gericht bei seiner Aufgabe der Wahrheitsfindung. Als staatliche Ermittlungsbehörde hat diese gleichzeitig ein tatsächliches Übergewicht gegenüber dem Beschuldigten, so daß man auch nicht von einer Waffengleichheit [3] zwischen beiden sprechen kann, die doch ein typisches Kennzeichen des Parteiverfahrens ist. Schließlich ist dem Ankläger wie dem Angeklagten die Möglichkeit genommen, über den Prozeßgegenstand zu verfügen [4]. Nach seinem äußeren Erscheinungsbild nähert sich dagegen das Privatklageverfahren stärker einem Parteiprozeß [5]. In ihm bewegen sich die prozessualen Interessen des Privatklägers und des Beschuldigten auf gleicher Ebene; so haben sie die Möglichkeit, den Prozeß durch Abschluß eines Vergleiches zu beenden (§ 801 StPO). Aber auch hier liegt in der Hauptverhandlung die Untersuchung des Geschehnisses völlig in der Hand des Gerichts. Wie im Offizialverfahren kann der Richter nicht durch einen Antrag des Privatklägers in seinem Entscheidungsspielraum eingeengt werden [6]. Dieser erhebt nicht einen persönlichen Anspruch, sondern macht das staatliche Strafrecht geltend [7], folglich hat er z.B. nicht die Möglichkeit, die eventuelle Strafe auf eine bestimmte Höhe zu begrenzen. Das alles läßt erkennen, daß sich das strafprozessuale Rechtsverhältnis nicht als Parteienstreit charakterisieren läßt; die im Schrifttum gelegentlich auftauchenden Formulierungen, die einschränkend von einer formellen [8] oder unechten [9] Partei sprechen, weisen ja nur auf die Fragwürdigkeit einer sol-

---

1) Karl PETERS, Strafprozeß, S. 81, 129; H. HENKEL, Strafverfahrensrecht, S. 125; vgl. auch BGH NJW 1960, S. 2347.

2) Eberhard SCHMIDT a.a.O. S. 63, Bem. 100.

3) Gegen diesen Begriff ausdrücklich Karl PETERS a.a.O. S. 81, 167 und H. HENKEL a.a.O. S. 123.

4) Nach § 156 StPO kann die öffentliche Klage nach Eröffnung der Voruntersuchung oder des Hauptverfahrens nicht zurückgenommen werden.

5) E. KERN (Strafverfahrensrecht, § 17 B, S. 63) sieht Privatklage als reinen Parteiprozeß an.

6) Vgl. Eberhard SCHMIDT, Lehrkommentar Teil I, S. 64, Bem. 101.

7) Robert von HIPPEL, Der Deut. Strafprozeß, § 46, S. 265.

8) So Robert von HIPPEL a.a.O. § 42 IV, S. 229, § 43 II, S. 233.

9) G. MATTERN (StuW 1950, Sp. 358 f.) bezeichnet Staatsanwalt und Beschuldigten als "unechte Parteien" und dementsprechend das Strafverfahren als unechten Parteiprozeß.

[illegible] Bezeichnung [illegible]. Das Strafverfahren [illegible] durch die Strafprozeßordnung und allgemeinen [illegible] kontrollierten [illegible] Bereich [illegible] zweiteilt somit ein Rechtsverhältnis eigener Art dar [1].

Diese Ausgestaltung beruht jedoch [illegible] auf einer wesensgemäßen Notwendigkeit: die etwa der Ausübung der Strafgewalt immanent [illegible], sie sind in geschichtlicher Zeit die Rechtsbrecher im Wege des Inquisitionsprozesses vertragt und bestraft worden. Allerdings widerspricht diese Art des Strafverfahrens in so starkem Maße grundlegenden rechtsstaatlichen Erfordernissen [illegible], daß sie nicht mehr als eine mögliche Form der Strafrechtsprechung angesehen werden kann und daher in diesem Zusammenhang aus der Betrachtung auszuscheiden ist. Ein Blick auf den anglo-amerikanischen Rechtskreis zeigt jedoch, daß die Aburteilung von Straftaten auch im Wege einer echten Streitentscheidung geschehen kann. Diese Form einer echten Parteiprozesses schwebt auch gerade den hiesigen Reformbestrebungen vor, die in jüngster Zeit eine Änderung der Strafprozeßordnung erstreben [3]. Unter diesem Aspekt erscheint es somit gerechtfertigt, in der gegenwärtigen Regelung der staatlichen Strafgewalt nicht ein Verdikt gegen die Definition der Rechtsprechung als einer Rechtsstreitentscheidung zu sehen, wie dies manche Autoren annehmen [4]. - Eine nähere Betrachtung der Gerichtsbarkeit im öffentlich-rechtlichen Bereich soll daher Aufschluß geben, ob diese Begriffsbestimmung trotz der konstruktiven Schwierigkeiten bei der Zuordnung der strafrichterlichen Tätigkeit eine im übrigen zutreffende Wesenserkenntnis darstellt.

---

1) So ausdrücklich Karl PETERS a.a.O. S. 80; E. SCHMIDT a.a.O. S. 61 ff., Bem. 98 ff.; H. HENKEL a.a.O. S. 123 ff.; vgl. auch E. KERN, Strafverfahrensrecht, § 17 B, S. 63; aus dem öffentlich-rechtlichen Schrifttum Ch.-F. MENGER, System, S. 40 ff.; Hans J. WOLFF, Verw.-recht, § 19 I, S. 67; a.A. Hans PETERS, Verw.-recht, S. 4; E. FRIESENHAHN, Festschrift für R. THOMA, S. 44; E.R. HUBER, Bd. II, S. 586 Anm. 6; F. GRÄBER, DRiZ 1955, S. 7 Anm. 5; H. RUMPF, VVDStRL 14, S. 152.

2) Vgl. Karl PETERS, Strafprozeß, § 11 IV, S. 56.

3) Ein Überblick über entsprechende frühere Bestrebungen bei H. HENKEL a.a.O. S. 125 ff.

4) Z.B. Adolf ARNDT, AöR 60, S. 211; W. FLUME, Festgabe für R. SMEND, S. 78 f.; U. SCHEUNER, Festgabe für R. SMEND, S. 278/279 Anm. 66; E. v. TUREGG, NJW 1953, S. 1202.

c) Verwaltungsgerichtsbarkeit

Versucht man die Aufgabe der Verwaltungsgerichte zu erkennen, so kann man einen Satz W. JELLINEKs voranstellen, der "die Verwaltungsrechtspflege als Nachbildung der zivilrechtlichen Rechtspflege für Streitigkeiten des Verwaltungsrechts" umschreibt [1]. Dieser Charakterisierung ist zwar mit der Behauptung widersprochen worden, der Verwaltungsgerichtsbarkeit obliege in erster Linie die Rechtskontrolle der aktiven Verwaltung, nicht oder nur am Rande die Gewährung von Rechtsschutz für den Bürger [2], eine solche einseitige Betonung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolltätigkeit steht jedoch im Widerspruch mit der gesetzlichen Ausgestaltung des Verfahrens [3]. Das Individualinteresse, das subjektive öffentliche Recht des einzelnen Bürgers bildet nicht nur den "Motor" [4] den zweckmäßigen Veranlasser des Verwaltungsprozesses, sondern seinen unmittelbaren Gegenstand. Den Verwaltungsgerichten ist es übertragen, über die subjektiven Rechtsbeziehungen zwischen einem Verwaltungsträger und einer Privatperson sowie zwischen verschiedenen Trägern öffentlicher Rechte und Aufgaben zu befinden. Nur derjenige Bürger, der einen rechtswidrigen Eingriff in seine Rechte, eine rechtswidrige Weigerung, eine verwaltungsrechtliche Pflicht zu erfüllen oder eine rechtswidrige Anzweiflung seiner Rechtsposition dartut, ist zur Anrufung des Verwaltungsgerichtes befugt. Es ist doch bezeichnend, daß der Gesetzgeber die Einführung einer verwaltungsgerichtlichen Popularklage abgelehnt hat, die es jedermann gestattet, einen objektiv rechtswidrigen Verwaltungsakt, auch soweit er von diesem nicht berührt wird, anzufechten [5]. Dieses Institut hätte doch die wirksamste Kontrolle der Verwaltung bewirkt. Man wird dieses Verhalten des Gesetzgebers nicht nur aus prozeßökonomischen Gesichtspunkten, sondern vor allem auch aus dem eben dargelegten Gedanken des individuellen Rechtsschutzes, wie er in dem Verfahrensgesetz seinen Ausdruck gefunden hat, zu erklären haben. Im Vordergrund der verwaltungsgerichtlichen Tätigkeit steht damit der Schutz des in seinen Rechten Betroffenen, die Entscheidung über subjektive Rechte und Pflichten. "Die Kontrolle der Verwaltung auf Wahrung der objektiven Rechtsordnung ist lediglich eine - erwünschte - Nebenfolge dieser Verwaltungsprozesse, so wie die Wahrung der Rechtsordnung neben der Rechtsschutzgewährung ja eine Sekundärfunktion jedes Prozesses ist." [6]

---

1) Verw.-recht, S. 299.
2) W. NIESE, Über den Streitgegenstand im Verw.-prozeß, JZ 1952, S. 355; E. FORSTHOFF (Verw.-recht, S. 461 ff.) stellt ähnlich das Verwaltungsinteresse in den Vordergrund und sieht den Rechtsschutz des einzelnen [illegible] Nebenwirkung an.
3) H. RUMPF, Verw. und Verw.-rspr., VVDStRL 14, S. 159.
4) E. FORSTHOFF a.a.O. S. 462.
5) Ebenso E.R. HUBER, Bd. II, S. 582.
6) Ch.-F. MENGER, Rechtssatz, Verw. und Verw.-gerichtsbarkeit, DÖV 1955, S. 591/592; vgl. auch O.W. GEHRING, Streitgegenstand im verw.-gerichtl. Anfechtungsprozeß. DÖV 1954, S. 333, E.R. HUBER a.a.O.; Erich BECKER, VVDStRL 14, S. 114; H. RUMPF ebenda, S. 159; O. BACHOF ebenda, S. 177.

d) Verfassungsgerichtsbarkeit

Eine dominierende Stellung im Rahmen der dritten Gewalt nimmt seit ihrem Bestehen die Verfassungsgerichtsbarkeit ein, so hat insbesondere das Grundgesetz ihr große Aufmerksamkeit gewidmet. Während die Verwaltungsgerichtsbarkeit die Handhabung der Staatsgewalt gegenüber den einzelnen ihrer Kontrolle unterwirft, überprüft die Verfassungsgerichtsbarkeit die gegenseitigen Beziehungen der einzelnen am Verfassungsleben beteiligten Faktoren. Man hat den Kern moderner Rechtsstaatlichkeit in der weitestgehenden Gewährleistung subjektiver Rechte gesehen [1], und in der Tat läßt sich auch für die Verfassungssphäre ein System subjektiver Berechtigungen und Verpflichtungen in dem oben erläuterten weiteren Sinne [2] nachweisen. Zur Teilnahme am inneren Leben des Staates und zur Gestaltung eines einheitlichen Staatswillens sind die verschiedensten Gebilde, wie höchste Staatsorgane, Teile eines Organes und schließlich auch politische Parteien berufen. Das Verfassungsrecht hat diesen Faktoren besondere Aufgaben übertragen und ihnen damit eine gegenüber dem Staat verselbständigte Stellung eingeräumt. Dies berechtigt dazu, sie innerhalb des Verfassungsrechtskreises als eigene Rechtspersönlichkeiten und ihre Befugnisse, die sie gegenüber anderen Organen verteidigen können, als subjektive Rechte anzusehen [3]. Diese Auffassung, daß Rechtsverhältnisse zwischen den Trägern des inneren Staatslebens bestehen, wird bestätigt durch die Bestimmung des Art. 93 Abs. I Ziff. 1 GG, der von "Rechten und Pflichten eines obersten Bundesorgans oder anderer Beteiligter, ..." spricht. Das Bundesverfassungsgericht ist zur Entscheidung über solche Rechtsbeziehungen ebenfalls nur dann aufgerufen, wenn und soweit darüber Streit zwischen den Parteien herrscht. Aus der Fassung des Art. 93 Abs. I Ziff. 1 GG, nach dem das Bundesverfassungsgericht über die Auslegung des Grundgesetzes "aus Anlaß von Streitigkeiten über den Umfang der Rechte und Pflichten ..." entscheidet, könnte zwar entnommen werden, daß nicht der konkrete Verfassungsstreit, sondern eine

---

1) A.v. STAFF, Art. 102-104 WRV in Die Grundrechte und Grundpflichten der RV, Bd. I, S. 73; E. FORSTHOFF, Verw.-recht, S. 476.

2) Siehe S. 42 f..

3) R. THOMA, System der subjekt. öffentl. Rechte und Pflichten, HdbDStR Bd. II, S. 614; E. FRIESENHAHN, Staatsgerichtsbarkeit, HdbDStR Bd. II, S. 525; ders., Festschrift für R. THOMA, S. 52 ff.; auch das Bundesverfassungsgericht geht von dem Bestehen solcher Ansprüche aus; siehe z.B. neuestens BVerfG NJW 1961, S. 1453 ff. (1454).
A.A. M. DRATH (Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 9, S. 78), der sich gegen die Annahme subjektiver Rechte im Rahmen des Verfassungsrechts wendet. Nach seiner Meinung (vgl. S. 96) ist aber auch die Verfassungsgerichtsbarkeit "im größten Umfange" nicht eine Funktion der richterlichen Gewalt.

abstrakte Rechtsfrage der eigentliche Verfahrensgegenstand ist und "die Beilegung des Streites selbst dem politischen Ausgleich überlassen ist" [1]. Die Bestimmungen der §§ 63-67 BVerfGG stellen jedoch klar, daß sich Prozeß und Urteil nicht lediglich auf eine abstrahierte Rechtsfrage, sondern unmittelbar auf die umstrittene subjektive Rechtsstellung beziehen [2]. Zu diesen sog. Organstreitigkeiten tritt als weiterer Aufgabenbereich die Entscheidung von Streitigkeiten, die sich aus der Zusammenordnung von Gesamtstaat und Gliedstaaten ergeben [3]. Auch in diesen Fällen handelt es sich um kontradiktorische Parteistreitigkeiten [4]; Bund und Länder bzw. mehrere Länder - soweit ihre gemeinsame Stellung innerhalb des Bundes den Streitgegenstand bildet - stehen sich als Träger subjektiver Rechte und Pflichten gegenüber. - Es ist hier nicht der Ort, die gesamte sehr vielfältige Zuständigkeitsordnung des Bundesverfassungsgerichts und der Staatsgerichtshöfe der Länder zu betrachten [5]. Die beiden angeführten wohl bedeutsamsten Kompe-

---

1) E. FRIESENHAHN, Festschrift für R. THOMA, S. 55-57; Ch.-F. MENGER, System, S. 45.

2) Gegen die Verfassungsmäßigkeit dieser Bestimmungen des BVerfGG bestehen keine Bedenken. Zu Recht ist das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung (vgl. besonders BVerfGE 1, S. 208; weiterhin z.B. 1, S. 144; 1, S. 351; 1, S. 372) von ihrer Rechtsgültigkeit ausgegangen.
Die Fassung des Art. 93 Abs. I Ziff. 1 GG zwingt nicht zu der Annahme, daß das Verfahren auf die reine Rechtsfrage reduziert sein soll. Aus Art. 94 Abs. II GG ist vielmehr die Befugnis des Gesetzgebers zu entnehmen, im Zusammenhang mit der Regelung des Verfahrens Inhalt und Umfang der Entscheidung zu bestimmen (s. auch H. LECHNER, BVerfGG, § 13 Ziff. 5 Anm. I 3, S. 79). Damit entfällt der Einwand von Ch.-F. MENGER a.a.O., daß hier nicht der Streit, sondern nur die zugrunde liegende Rechtsfrage dem Gericht vorgelegt würde und damit nach der hier vertretenen Ansicht keine Rspr. gegeben wäre.

3) E. FRIESENHAHN bezeichnet die erstere Art der Rechtsprechung als Verfassungsgerichtsbarkeit (HdbDStR Bd. II, S. 525 und Festschrift für R. THOMA, S. 55), die letztere als Bundesverfassungsgerichtsbarkeit (HdbDStR Bd. II a.a.O. und Festschrift für R. THOMA, S. 67).

4) In diesem Sinne ist auch die Formulierung in Art. 93 Abs. I Ziff. 3 GG zu verstehen: "Das Bundesverfassungsgericht entscheidet bei Meinungsverschiedenheiten über Rechte und Pflichten des Bundes und der Länder, insbesondere bei der Ausführung von Bundesrecht durch die Länder und bei der Ausübung der Bundesaufsicht".

5) So werden z.B. die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts über die Verwirkung von Grundrechten (Art. 18 GG) und über die Verfassungswidrigkeit von Parteien (Art. 21 Abs. II GG) teils als "Exekutivakte" (so Hans PETERS, Gewaltentrennung, S. 20), teils als Verwaltungsrechtsprechung (so E. FRIESENHAHN

ferent der Bundesverfassungsgerichte lassen in anderer Weise erkennen, daß die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten auch den Hauptgegenstand der Staatsgerichtsbarkeit bildet [1].

Im folgenden soll jedoch noch auf zwei verfassungsgerichtliche Aufgaben eingegangen werden, die in Vergangenheit und Gegenwart als Argument gegen die hier vertretene Definition der Rechtsprechung als Rechtsstreitentscheidung geltend gemacht worden sind. Der zunächst zu prüfende Einwand, die Erstattung von Rechtsgutachten durch das Bundesverfassungsgericht [2], ist inzwischen durch eine gesetzliche Neuregelung hinfällig geworden. Der maßgebliche § 97 BVerfGG ist durch Gesetz vom 21. 7. 1956 aufgehoben worden, auch die früher üblichen Stellungnahmen, die die oberen Bundesgerichte den Vorlagebeschlüssen gemäß Art. 100 GG hinzufügten, und die gelegentlich als "Gutachten" bezeichnet wurden, sind auf Grund der Neufassung des § 80 BVerfGG weggefallen. Wenn auch die Untersuchungen des Bundesverfassungsgerichtes besonderes Gewicht hatten, so war die Abgabe von gerichtlichen Rechtsgutachten doch keineswegs auf diesen Gerichtshof beschränkt, sondern sie findet sich noch heute in der Finanzgerichtsbarkeit [3]. Aber auch hinsichtlich der Gutachtenerstattung durch den Bundesfinanzhof gelten die gleichen Erwägungen, die zu den entsprechenden Voten des Verfassungsgerichtes angestellt wurden und schließlich zu deren Abschaffung führten. Gewiß liegt den gutachtlichen Stellungnahmen und den Entscheidungen die gleiche Denktätigkeit zugrunde, und beide beruhen auch auf Gesetz und Recht; doch stellt dies nicht, wie schon häufig wiederholt, eine Eigenart der rechtsprechenden Funktion dar. Der grundlegende Unterschied zwischen den beiden Akten offenbart sich sofort, betrachtet man nur die verschiedene Art ihres Zustandekommens und ihrer Wirkungen nach außen. Das Gutachten ist in der Regel nicht mit einem fest umrissenen Prozeß verbunden, der Verfahrensgang kann vielmehr in seinen Voraussetzungen und Formen frei gestaltet werden. So bildet die gutachtliche

---

Fortsetzung der Fußnote 5 von Seite 51:
Festschrift für R. THOMA, S. 69 ff.) bezeichnet; ebenso wird die Entscheidung über Verfassungsbeschwerden als Verwaltungsrechtsprechung angesehen (so E. FRIESENHAHN a.a.O. S. 49; W. APELT, Erstreckt sich das richterliche Prüfungsrecht auf Verfassungsnormen? NJW 1952, S. 3; H. LECHNER, BVerfGG, § 90 Vorbem. 3, S. 256).

1) Vgl. M. DRATH, VVDStRL 9, S. 48 zu Ib: "Daß die Verfassungsstreitigkeiten den Kern der Verfassungsgerichtsbarkeit bilden, war nie streitig".

2) Auf dieses Institut bezieht sich U. SCHEUNER (Festgabe für R. SMEND, S. 2[illegible], 270, Anm. [illegible]) bei seiner Argumentation gegen das Kriterium der Rechtsstreitentscheidung.

3) S. § 63 AO i.V. mit §§ 2, 6 Abs. I Ges.üb.d.BFH.

Stellungnahme auch nur eine rechtswissenschaftliche Meinungsäußerung, die möglicherweise auf Grund ihrer zwingenden Begründung und ihres amtlichen Charakters eine gewisse autoritative Kraft erlangen und dadurch zukünftige Auseinandersetzungen vorbeugen kann, sie ist jedoch niemals mit den Rechtswirkungen eines Urteils ausgestattet. Schon dieser Hinweis auf die äußerlichen Unterschiede zeigt, daß die Abgabe gutachtlicher Äußerungen ein Fremdkörper im Rahmen der richterlichen Tätigkeit ist. So hat das Bundesverfassungsgericht zu Recht festgestellt: "Im allgemeinen ist es die Funktion eines Gerichtes, Rechtsstreitigkeiten zwischen streitenden Parteien zu entscheiden. Die Erstattung von Rechtsgutachten ist daher grundsätzlich der richterlichen Funktion wesensfremd" [1]. Stellen die Gutachten nur Untersuchungen über bestimmte Rechtsprobleme dar, ohne einen konkreten Rechtsstreit zu entscheiden, so sind sie, wie es auch der Ansicht des Bundesfinanzhofes entspricht, als materielle Verwaltung anzusehen [2].

Schließlich wird zum Beweis der Unrichtigkeit der vorliegenden Begriffsbestimmung auf die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichtes zur selbständigen Normenkontrolle (Art. 93 Abs. I Ziff. 2 GG, § 13 Ziff. 6 BVerfGG) und auf die entsprechende Befugnis der Oberverwaltungsgerichte [3] verwiesen [4]. Beide Kom-

---

1) BVerfGE 2, S. 79 ff.; weiterhin BVerfGE 4, S. 358 ff. (363/364); zustimmend H. LECHNER, BVerfGG, § 97 Anm. 2, S. 278; O. BACHOF (JZ 1956, S. 272 ff.) möchte den Ausdruck "Wesensfremdheit" durch "Ausnahmecharakter" ersetzt wissen, stimmt jedoch im Ergebnis mit dem Bundesverfassungsgericht überein. Die Einwände von H. JAHRREISS (Das "Wesen" des Rechtsprechens als Argument des B-verfassungsgerichts ..., Festschrift für H. LEHMANN, Bd. I, S. 62 ff.) beruhen auf seiner Auffassung (vgl. Mensch und Staat, S. 191), der Gewaltenteilungsgrundsatz umfasse nur Befehlsgewalten, erfasse somit nicht die Rechtsprechung, die kein "Befehlen" sei. Richtigerweise wird man unter "Gewalt" auch andere staatliche Funktionen zu verstehen haben (vgl. Hans J. WOLFF, § 16 I a, S. 55; O. BACHOF, AöR 82, S. 374), zudem kommt auch der Rechtsprechung ein Herrschaftscharakter zu, denn ihre Feststellungen sind doch von der Macht und Autorität des Staates getragen (vgl. G. WACKE, AöR 83, S. 316)

2) BFH JZ 1957, S. 274 (Gutachtenerstattung - Gerichtsverwaltungstätigkeit ebenso G. WACKE, Die Erstattung von Gutachten durch den BFH, AöR 83, S. 313; vgl. auch Th. MAUNZ, Deut. Staatsrecht, § 22 I 2, S. 175.

3) Gemäß § 47 VwGO sind die Oberverwaltungsgerichte nach Ermächtigung durch die Landesgesetzgebungen (so in Baden-Württemberg und Bayern, vgl. § 5 Ba.-Wü. Ges. z. Ausf. d. VerwGO, Art. 10 Bay. Ges. z. Ausf. d VerwGO) zur abstrakten Normenprüfung berechtigt, die sich auf die Vereinbarkeit von Verordnungen und sonstigen im Range unter dem Gesetz stehenden allgemeinen

perenzen, die unter dem hier fraglichen Aspekt einer einheitlichen Betrachtung unterworfen werden können, weisen dem Richter die Aufgabe zu, die Vereinbarkeit genereller Rechtssätze mit übergeordneten Normen zu prüfen. Angesichts eines solchen Verfahrensgegenstandes bestehen berechtigte Zweifel, ob in diesen Fällen eine Entscheidung über subjektive Rechte [illegible] gefällt wird. In der Tat ist diese richterliche Tätigkeit nicht [illegible] Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses, sondern ausschließlich mit objektivem Recht oder - im Falle seiner Ungültigkeit - mit dem Schein objektiven Rechts befaßt [1]. Die verfassungsgerichtliche Normenkontrolle dient [illegible] objektiven Bewahrung des Rechts, aber auch das entsprechende [illegible] Verfahren ist, selbst wenn ihm im Gegensatz zu dem verfassungsgerichtlichen eine Rechtsschutzfunktion zukommt [2], in erster Linie diesem Ziel verpflichtet. Damit läßt sich das Verfahren der abstrakten Normenkontrolle [illegible] kontradiktorischer Parteiprozeß charakterisieren, es ist vielmehr ein objektives Verfahren, das durch die Offizialmaxime gekennzeichnet ist [3]. Damit scheint der erhobene Einwand als ein schlüssiger Beweis gegen die Bestimmung der Rechtsprechung als Streitentscheidung erkannt zu sein. Aber die Auffassung, die [illegible] selbständige Normenprüfung nicht nur formell, sondern auch materiell zur Rechtsprechung rechnet, wird deren eigentlichem Wesen nicht gerecht. Die Rechtssatzkontrolle ist losgelöst von einem bestimmten Lebenssachverhalt und beschäftigt sich auch nicht etwa mit einem tatsächlichen gesetzgeberischen Vorgang [4], sondern ihr Gegenstand ist allein die Gültigkeit einer Norm [5]. Sie untersucht, ob zwischen verschiedenrangigen Rechtssätzen eine Kollision besteht, und entscheidet danach, ob ein bestimmter Satz als Norm besteht oder nicht, denn auch der Gesetzgeber hat die durch die Verfassung gezogenen Schranken zu beachten. In der Sache bedeutet das richterliche Prüfungsrecht damit eine Klarstellung der Verfassung oder einer darunter stehenden Norm. Gewiß wird durch eine solche authentische Auslegung

---

Fortsetzung der Fußnote 3 u. 4 von Seite 53:
Rechtsvorschriften mit übergeordnetem Landesrecht und von Bundesrecht unter Gesetzesrang mit einfachen Bundesgesetzen bezieht.

4) Vgl. z.B. U. SCHEUNER, DVBl 1952, S. 296; Ch.-F. MENGER, System, S. 44 f.; O. BACHOF, DÖV 1954, S. 735 (und VVDStRL 14, S. 178).

1) H. LECHNER, § 13 Ziff. 6 Anm. 2, S. 85.

2) Ch.-F. MENGER, System, S. 92/93; X. SCHOEN, Gedächtnisschrift für W. JELLINEK, S. 400.

3) Vgl. z.B. X. SCHOEN, Gedächtnisschrift für W. JELLINEK, S. 407; Hess. StGH DÖV 1959, S. 102; EYERMANN-FRÖHLER, § 47 Bem. 5.

4) Wie Ch.-F. MENGER, System, S. 88/89 meint.

5) Siehe z.B. H. LECHNER, BVerfGG, § 13 Ziff. 6 Anm. 2, S. 85.

[illegible] dem der Richter eine Normenkollision feststellt, entscheidet er zugleich über das Bestehen eines Rechtssatzes. [illegible] selbständige Rechtssatzkontrolle [illegible] Art. [illegible] GG im Bereich der [illegible] Gesetzgebung [illegible] sprechen die Entscheidungen ja auch den herkömmlichen Rahmen richterlicher Tätigkeit, in- [illegible] im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbarkeit - Allgemeinverbindlichkeit erlangen. Die abstrakte Normenkontrolle ist somit nicht [illegible] Rechtsprechung im materiellen Sinne und vermag demgegenüber auch nicht die hier getroffene Abgrenzung der dritten Gewalt zu widerlegen.

[illegible] Die Bedeutung des Rechtsstreites in den verschiedenen Verfahrensarten

Bildet damit das Merkmal der Entscheidung eines Rechtsstreites die gemeinsame Basis der verschiedenen Gerichtsbarkeiten - freilich mit der erwähnten Ausnahme der Ausübung der Strafgewalt -, so ist im folgenden zu untersuchen, ob dieser Gedanke auch in den verschiedenen Formen des gerichtlichen Rechtsschutzverfah-

---

1) Dies wird von H. JAHRREISS (Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsgericht in Mensch und Staat, S. 162) betont, aber auch er sieht die abstrakte Normenprüfung nicht als materielle Rechtsprechung an, sondern als eine "wissenschaftliche Erkenntnis", als ein "verbindliches Begutachten".

2) Z.B. J. KRATZER, DÖV 1954, S. 44; BayVGH Verw.Rspr. 9, S. 111 f. . So schon Georg JELLINEK, Allg. Staatslehre, S. 696, H. TRIEPEL, Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern, S. 68/69; Carl SCHMITT, Hüter der Verfassung, AöR 55, S. 156, E. FRIESENHAHN, Staatsgerichtsbarkeit, HdbDStR Bd. II, S. 526; Hans J. WOLFF, Verw.-recht, § 19 I, S. 67; BGHZ 22, S. 42: "Letzten Endes übt der Verw.-Gerichtshof im Verfahren nach § 25 VGG keine rechtsprechende, sondern rechtsetzende Tätigkeit (negativer Art) aus". M. DRATH (VVDStRL 9, S. 25) hält es sogar für "rechtswegsfremdbar, daß sich aus dem richterlichen Prüfungsrecht der Verfassungsgerichte die Stellung einer "dritten Kammer" entwickelt, weil bei allen bedeutenden Gesetzen leicht die Tendenz auftreten wird, die Gültigkeit zu bezweifeln, bis sie vom zuständigen Verfassungsgericht bejaht worden ist". A.A. z.B. Ch.-F. MENGER, System, S. 44/45, 88/89; H. HOLTKOTTEN, Bonn. Komment., Art. 93 Anm. 2b; H. LECHNER, BVerfGG, § 13 Ziff. 6 Anm. 2, S. 86 (der aber zugeben muß, daß sie der Gesetzgebung "sehr nahe kommt"). Referenten-Denkschrift, S. 5, es ist nicht angängig, wie es W. BERGMANN (Verw.Arch. 51, S. 39 f.) vertritt, die abstrakte Normenprüfung als "Gesetzgebungstätigkeit negativer Art" zu bezeichnen und sie zugleich zur Rspr. im materiellen Sinne zu rechnen.

rein einen Niederschlag gefunden hat. Die Betrachtung soll dabei beispielhaft auf die drei hervorragenden Entscheidungsverfahren der Zivilgerichtsbarkeit beschränkt bleiben [1].

Das Feststellungsurteil ist als "der klarste Fall" [2] einer reinen Rechtsstreitentscheidung bezeichnet worden. In der Tat offenbart diese Urteilsart in augenfälliger Weise die Charakteristika rechtsprechender Tätigkeit. Gegenstand des Verfahrens ist das behauptete Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses, über das zwischen den Rechtsuchenden Streit herrscht [3]. Der Richter befindet über eine konkrete, durch den Sachvortrag umgrenzte Rechtsbeziehung zwischen den Prozeßparteien. Seine Aufgabe erschöpft sich darin, die durchsetzungsfähige Rechtslage zu klären und das Rechtsverhältnis als gegenwärtig bestehend oder nicht bestehend festzustellen. Das Leistungsurteil ist zwar nach dem Wortlaut des Klageantrages und Tenors lediglich auf die Verurteilung des Beklagten zu der begehrten Leistung gerichtet. Es enthält jedoch stets als bedeutsamsten Teil die rechtskraftfähige Feststellung eines subjektiven Rechts, nämlich eines Anspruches auf Leistung [4]. Der Leistungsbefehl an den Schuldner ist lediglich als eine Zutat anzusehen, die die Durchsetzung der festgestellten Rechtslage gewährleisten soll. Feststellungs- wie Leistungsurteil beziehen sich also stets auf eine vorliegende Rechtslage und sprechen lediglich deklaratorisch aus, was gegeben ist.

Eine andere Wirkung kommt den Gestaltungsurteilen zu, diese führen eine Änderung des vorhandenen Rechtszustandes herbei und haben somit konstitutive Bedeutung. Ihre rechtsändernde Kraft darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß auch ihnen ein subjektives Recht, ein privatrechtliches Recht auf Rechtsänderung, zugrunde liegt. Zwar wird dessen Bestehen gelegentlich mit dem Hinweis geleugnet, daß der Gegner diesem Recht nicht genügen, sondern es höchstens gegenstandslos machen könne und es daher gegen den Staat gerichtet sei [5]. Eine solche Auffassung wird jedoch der Natur der Gestaltungsrechte nicht gerecht. Diese sind in verschiedener Form ausgestaltet. So wird die Rechtsänderung im Rahmen der meisten Anfechtungs-, Rücktritts- und Kündigungsrechte durch eine bloße

---

1) Die Verfahren der Verwaltungs- und der Verfassungsgerichtsbarkeit sind entweder ähnlich ausgestaltet (Feststellungsverfahren) oder weisen zumindest in der hier fraglichen Beziehung keine Besonderheit auf.

2) W. JELLINEK, Verw.-recht, S. 300.

3) Die Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde ist eine Ausnahmeregelung und kommt in der Praxis selten vor. Vgl. L. ROSENBERG, Zivilprozeßrecht, § 86 II 1 a, S. 404; A. NIKISCH, Zivilprozeßrecht, S. 153.

4) L. ROSENBERG, § 85 I, S. 398; A. NIKISCH, S. 145.

5) Vgl. z.B. STEIN-JONAS-SCHÖNKE-POHLE, Anm. II 3 vor § 253.

Willenserklärung und in anderen Fällen dagegen durch eine Willenserklärung in Verbindung mit einem richterlichen Urteil bewirkt [1]. Der privatrechtliche Charakter der Gestaltungsrechte bleibt jedoch durch diese unterschiedliche Ausgestaltung unberührt, andernfalls wäre die Befugnis zur Anfechtung eines Erbschaftserwerbs, die gemäß § 1942 BGB durch Erhebung der Anfechtungsklage ausgeübt wird, ein publizistisches, die Anfechtung des Erwerbs eines Vermächtnisses oder eines Pflichtteilsanspruches dagegen, die durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht geschieht, ein privatrechtliches Recht [2]. Schließlich erkennt auch der Gesetzgeber ein solches privatrechtliches Gestaltungsrecht anerkannt. Das Ehegesetz spricht in verschiedenen Bestimmungen (§ 42 Abs. II, 49, 50 Abs. I, 52 Abs. III S. 2) von einem Recht auf Ehescheidung und meint damit eine privatrechtliche Rechtsmacht gegenüber dem anderen Ehegatten, die z.B. durch Verzeihung (§ 48) erlöschen kann. Wie bei jedem anderen Urteil besteht damit auch bei der Gestaltungsklage die eigentliche Aufgabe des Gerichts in der Feststellung der materiellen Voraussetzungen eines Rechtssatzes, nämlich des Gestaltungsrechtes. Der Richter wird nicht rechtsschöpferisch tätig, sondern subsumiert einen bestimmten abgeschlossenen Sachverhalt unter eine abstrakte Rechtsnorm [3]. Besonders augenfällig wird dies bei der Klagabweisung, die rechtskräftig feststellt, daß ein solches Recht auf Rechtsänderung nicht besteht. Das behauptete Gestaltungsrecht bildet somit den Verfahrensgegenstand [4]. - Diese Erkenntnis wird nicht durch die Entmündigungs- (§§ 647-[illegible] ZPO) und die Aufgebotsverfahren (§§ 946 ff. ZPO) widerlegt. Sie stellen nach allgemeiner Ansicht einen Fremdkörper im Bereich des Zivilprozesses dar. Die Antragsteller verfolgen kein Recht und erheben also keine Gestaltungsklage, sondern geben nur den Anstoß zu dem Verfahren [5] [6]. Weiter-

---

1) ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allg. Teil des bürgerl. Rechts, § 73 I 3, S. 441.
2) L. ROSENBERG, § 87 I 2, S. 412.
3) L. ROSENBERG a.a.O.; F. LENT, ZZP 66, S. 270; K.A. BETTERMANN, Gedächtnisschrift für W. JELLINEK, S. 376/377.
4) A. NIKISCH, S. 155; vgl. zu diesem Fragenkreis auch E. BALOG, Grünhuts Zeitschr. 34, S. 123 ff. (137).
5) A. WACH, Hdb. des Zivilprozeßrechts, S. 55 ff.; A. NIKISCH, S. 574, 582; L. ROSENBERG, § 163 I, S. 827, § 165 I, S. 839.
6) Damit ist zugleich - unter dogmatischem Gesichtspunkt - [illegible] der gelegentlich vorgetragenen Reformbestrebung Stellung genommen [illegible] Entmündigungsverfahren und Ehesachen gemeinsam der f.G., einem sog. Familienrichter, zuzuweisen. Während das erstere Gebiet aus dem Zivilprozeß auszuscheiden ist, hat es im Hinblick auf das letztere bei der gegenwärtigen [illegible] bleiben. Dafür spricht schließlich auch die praktische Erwägung, daß der Zivilprozeß mit zahlreichen Rechtskautelen ausgerüstet ist, an denen es in der f.G. in gewissem Maße mangelt, und gerade diese bei der Tragweite der Entscheidung einer Ehesache für den einzelnen unentbehrlich sind. Ebenso mit überzeugenden Ausführungen F. LENT, ZZP 66, S. 27[illegible]

hin können auch nicht die Ausnahmebestimmungen des § 24 EheG und des § 1595 a BGB entgegengehalten werden, nach denen der Staatsanwalt im Falle der Nichtigkeit einer Ehe und bei der Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes klageberechtigt ist. Ch.-F. MENGER, der sich zur Widerlegung des Merkmals der Streitentscheidung auf § 1595 a BGB beruft [1], hält in diesen Fällen einen Streit für nicht gegeben. In Wahrheit ist ein Konflikt aber nicht ausgeschlossen, da das öffentliche Interesse, in dessen Namen der Staatsanwalt im Einzelfall zu handeln befugt ist, durchaus mit dem Interesse des Kindes kollidieren kann [2]. Beiden Verfahren fehlt jedoch ein privates Gestaltungsrecht. Sie sind vielmehr "behördliche Eingriffe", die ohne Rücksicht auf solche privaten Rechte erfolgen [3]. Ihre Regelung in der Zivilprozeßordnung beruht auf ihrem engen Sachzusammenhang mit den Ehe- und Kindschaftssachen. Die beiden Bestimmungen ändern somit nichts am Wesen der Gestaltungsklagen. Sie sind nicht geeignet, die grundsätzliche Regelung in ihr Gegenteil zu verkehren [4]. Die Status- und die Auflösungsklagen stellen schließlich -zumindest der Idee nach- auch echte Rechts s t r e i t i g k e i t e n dar [5]. Das materielle Recht wie auch die Regelung des Verfahrens gehen davon aus, daß sich zwei Parteien mit gegensätzlichen Rechtsbehauptungen gegenüberstehen [6]. Zwar mag es vorkommen, daß z.B. Eheleute in gemeinsamem Einverstandnis die Scheidung der Ehe betreiben [7].

---

1) System, S. 43.

2) Der Staatsanwalt kann anfechten, "wenn er dies im öffentlichen Interesse o d e r im Interesse des Kindes oder seiner Nachkommenschaft für geboten erachtet."

3) Siehe z.B. F. LENT (ZZP 66, S. 276) für die Ehenichtigkeitsklage.

4) K. MÜNZEL, ZZP 66, S. 541. - Durch das Familienrechtsänderungsgesetz v. 11.8.1961 wird zudem § 1595 a BGB mit Wirkung vom 1.1.1962 aufgehoben werden. An die Stelle des Anfechtungsrechtes des Staatsanwaltes und seiner Mitwirkung im Anfechtungsprozeß wird ein System privater Anfechtungsrechte treten, so daß von dem genannten Zeitpunkt an auch dieses Verfahren eine echte Gestaltungsklage darstellen wird.

5) K. HELLWIG, Lehrbuch, S. 49/50.

6) Vgl. die Beispiele bei L. ROSENBERG, Zivilprozeßrecht, § 87 II, S. 412/413: So stehen sich z.B. bei der Klage auf Aufhebung des Kaufvertrages gemäß § 465 BGB Käufer und Verkäufer streitend gegenüber oder in dem Verfahren nach § 140 HGB findet eine Auseinandersetzung zwischen dem Gesellschafter, dessen Ausschließung erstrebt wird, und den übrigen Gesellschaftern statt.

7) Darauf weist W.J. HABSCHEID, Grundfragen der f.G., Rpfleger 1957, S. 166 (und in Die Zivilrechtspflege im Spannungsfeld verfassungsrechtlicher Grundsätze, JR 1958, S. 362) hin. Er ist der Ansicht, in diesen Fällen versage das Merkmal der Streitentscheidung.

jedoch vermag diese Praxis, die zudem bisweilen mißbräuchlich ist [1], nicht den grundsätzlichen Charakter der Gestaltungsklagen zu verändern, noch weniger besteht Anlaß, dadurch das Merkmal der Streitentscheidung als widerlegt anzusehen, wie L. SCHWAB es behauptet [2]. Vielmehr sind auch die in Rede stehenden Verfahren stets auf einen Streit angelegt; die materiellen wie formellen Normen stellen zwei Parteien kontradiktorisch gegenüber und lassen damit nur den Schluß zu, daß die Gestaltungsklagen generell als streitige Angelegenheiten zu betrachten sind [3].

8. ABSCHNITT: Zusammenfassung

1. Kapitel: Begriff der Rechtsprechung

Die Entscheidung eines Rechtsstreits ist damit als das Element erkannt, das die Rechtsprechung in allen ihren Erscheinungen prägt und mit Ausnahme der Strafgerichtsbarkeit zu einer Einheit verbindet. Allein dieses Kriterium ermöglicht eine klare begriffliche Abgrenzung zu den anderen Staatsfunktionen, die ja das Hauptanliegen der Untersuchung bildet. Es mag zwar im Rahmen einer Begriffsbestimmung unbefriedigend erscheinen, daß das Kriterium nicht auch die Ausübung der Strafgewalt als einen der ursprünglichsten Bereiche rechtsprechender Tätigkeit umfaßt. Hält man sich jedoch vor Augen, daß in der anglo-amerikanischen Rechtssphäre das Strafverfahren eine echte rechtliche Auseinandersetzung ist und Reformpläne auch für unser Rechtssystem diese Ausgestaltung einführen wollen, so erkennt man, daß zwischen der Aburteilung von Straftaten und der Idee des Rechtsstreites keine unüberbrückbare Kluft besteht. Die Rechtsprechung ist daher zu definieren als die Entscheidung eines Rechtsstreites oder einer Strafsache in Anwendung allgemeiner Rechtsnormen durch einen unbeteiligten Dritten [4].

---

1) Wie F. LENT (Zivilprozeß und f.G., ZZP 66, S. 277) zu Recht bemerkt.

2) Verhältnis der f.G. zur streitigen Gerichtsbarkeit, Diss. Bonn, S. 108.

3) F. LENT a.a.O. S. 227; Hans J. WOLFF, § 19 I b, S. 67.

4) Diese gegenüber der obigen Begriffsbestimmung der "Entscheidung eines Rechtsstreites" genauere Fassung wird z.B. vertreten von C. DERNEDDE, ZJBl. BZ 1949, S. 102; H. von MANGOLDT, Vorbem. 3 a vor Art. 92; H. NAWIASKY, Allg. Staatslehre, 2. Teil, Bd. II, S. 59; Hans J. WOLFF, § 19 I b, S. 67; E. KERN, Gerichtsverfassungsrecht, S. 54; K. SCHÄFER in LÖWE-ROSENBERG, Bd. II, Vorbem. zum GVG, S. 17.

2. Kapitel. Gegenüberstellung der Funktionen der Rechtsprechung und der Verwaltung

Diese begriffliche Festlegung führt zugleich die Eigenart des richterlichen Funktionsbereiches vor Augen. Bei idealtypischer Betrachtungsweise könnte die Tätigkeit des Richters wie es Rechtsprechung geschieht, mit dem Begriff des Erkenntnisses gekennzeichnet werden. Alle oben beispielhaft angeführten zivilprozessualen Entscheidungen sind Erkenntnisakte, auch das Gewährungsurteil beruht auf einem vom Richter festgestellten Gestaltungsrecht[1]. Gegen diese Charakterisierung ist zwar geltend gemacht worden, daß das Urteil "nicht nur Rechtserkenntnis, sondern darüber hinaus Rechtsverwirklichung" sei, andernfalls "bleibe ja alles beim alten"[2] – dieser Einwand geht jedoch fehl. Der erkennende Richterspruch enthält beide Bestandteile; indem der Richter das Recht findet und auf den konkreten Sachverhalt anwendet, vollzieht er in einem Akte eine erkennende und damit zugleich rechtsverwirklichende Funktion. Der Ausdruck Erkenntnis könnte jedoch zu dem Mißverständnis führen, daß das Urteil lediglich als eine rein kognitive Operation, als ein logischer Subsumtionsvorgang verstanden werde. Damit blieben aber die voluntativen Elemente, die jeder richterlichen Überzeugungsbildung innewohnen, und auch die positiven Regelungen, die dem Richter ein rechtlich relevantes Ermessen einräumen, unberücksichtigt[3]. Man wird den Aufgabenbereich der dritten Gewalt daher treffender als Rechtsbewährung[4] umschreiben. Grundlage und Grenze der dritten Gewalt ist damit das Recht, diese ist nach einem alten Wort "via iuris"[5]. Gerade auf dieser geringen Bindung an die geltende Rechtsordnung beruht letztlich auch die organisatorische Sonderstellung des Richters. Seine Unabhängigkeit hat Sinn "nur unter der Voraussetzung, daß der Richter nicht han-

---

1) P. LABAND, Staatsrecht, S. 176, 178; E. FORSTHOFF, Verw.-recht, S. 6; K.A. BETTERMANN, Gedächtnisschrift für W. JELLINEK, S. 376; F.A. v.d. HEYDTE ebenda, S. 507; H. RUMPF, VVDStRl 14, S. 152/153.

2) Vgl. die Ausführungen von DUGUIT, zitiert bei Adolf ARNDT, AöR 60, S. 208 ff. (210); ihm folgend L. SCHWAB, Diss., S. 114.

3) Siehe oben S. 13.

4) Dieser Ausdruck soll allerdings nicht mit dem weiteren Sinngehalt verknüpft werden, den ihm Peter SCHNEIDER (Problematik der Gewaltenteilung, AöR 82, S. 13 ff.) über das Merkmal der Streitentscheidung hinaus beilegt, sondern nur die Kennzeichnung, die im Begriff Erkenntnis liegt, umfassender wiedergeben und vor der Gefahr eines Mißverständnisses schützen.

5) R. OESCHEY, Rechtsgestaltung durch Richterspruch, AöR 68, S. 44.

delt, sondern erkennt" [1]. Diesen Zusammenhang verkennt L. SCHWAB, wenn er meint, daß gerade in den Fällen, in denen eine gesetzliche Interessenbewertung fehlt, der Richter am Platze sei [2]. Allein die Beschränkung der richterlichen Aufgabe auf Auslegung und Anwendung der Rechtsnormen rechtfertigt das der Rechtsprechung verliehene Privileg der Unabhängigkeit. Wenn K. A. BETTERMANN [3] neuerdings die Ansicht vertritt, daß der rechtsprechenden Gewalt "in immer zunehmendem Maße Aufgaben der Rechtsgestaltung, der Schlichtung und des Interessenausgleichs übertragen werden, ohne daß diese Aufgaben als ihr wesensfremd und als solche materieller Verwaltung bezeichnet werden könnten," so ist dieser These der gleiche Einwand entgegenzuhalten [4]. Zudem setzt er sich damit in Widerspruch zu seinen eigenen früheren Äußerungen, nach denen "die erste Voraussetzung für die Zurechnung einer richterlichen Entscheidung zur Rechtsprechung die volle Rechtsgebundenheit des Richters ist" [5]. Dieses Moment, die umfassende Bindung der dritten Gewalt an das objektive Recht, hebt diese gerade von der Verwaltung ab und verbietet es, eine Schlichtung, die lediglich auf einen billigen Ausgleich der Interessen gerichtet ist, als materielle Rechtsprechung anzusehen [6]; ebensowenig ist in solchen Fällen, soweit der Gesetzgeber deren Entscheidung

---

1) E. FORSTHOFF, Verw.-recht, S. 7; ebenso Carl SCHMITT, Verfassungslehre, S. 133; Hans PETERS, Verw.-recht, S. 4; vgl. auch P. BOCKELMANN, Festgabe für R. SMEND, S. 33. - Maßregeln der Sicherung und Besserung nach §§ 42 a ff. StGB und die Entscheidung nach § 26 StGB z.B. gehören ihrer materiellen Natur nach der Verwaltung an. Soweit der Richter in diesen Entscheidungen also aktiv handelt und nicht erkennend tätig wird, widerlegen sie den obigen Satz nicht.

2) Diss., S. 128.

3) Gericht oder Verw.-behörde, Rspr. oder Verw.? DÖV 1959, S. 764.

4) Der Prozeßvergleich stützt die Auffassung BETTERMANNs nicht; er ist keine richterliche Entscheidung, sondern eine Prozeßhandlung der Parteien und zugleich ein privatrechtlicher Vertrag (h.M., so zuletzt BGH MDR 1958, S. 915). Auch kann nicht auf das Institut der Bewährungsauflagen verwiesen werden; der Umstand, daß die Auflagen im Einzelfall ausgleichend wirken können - z.B. durch die Anordnung, den entstandenen Schaden wiedergutzumachen -, ist eine sekundäre, nicht wesensbestimmende Folge dieser Maßnahmen.

5) Festschrift für F. LENT, S. 25; ders., Gedächtnisschrift für W. JELLINEK, S. 376: "Der Richterspruch ist ... ein Akt der Erkenntnis, der 'reinen Vernunft'".

6) Carl SCHMITT, Hüter der Verfassung, AöR 55, S. 173; E.R. HUBER, Wirtsch.-Verw.-recht Bd. II, S. 635 f.; Hans J. WOLFF, Verw.-recht, § 19 I b, S. 66.

[illegible] dem Richter angesonnen hat, ein "Funktionswandel der Rechtsprechung" zu erblicken [illegible]. Eine andere Auffassung führt in letzter Konsequenz zu einer Verwischung der Grenzen zwischen Verwaltung und Rechtsprechung.

Will man demgegenüber die Eigenständigkeit der Aufgabenbereiche der vollziehenden Gewalt hervortreten lassen, so bedarf es einer kurzen Betrachtung ihres Wesens, über das keine geringeren Meinungsverschiedenheiten bestehen. Als Ausgangspunkt mag eine von Otto MAYER geprägte Formulierung dienen, die die Verwaltung "als Tätigkeit des Staates zur Verwirklichung seiner Zwecke unter seiner Rechtsordnung" beschrieb [2]. Läßt man einmal die rein feststellenden und streng gesetzesvollziehenden Akte außer Betracht [illegible] liegt das Schwergewicht verwaltender Tätigkeit in der Gestaltung der Gemeinschaftsordnung und des Soziallebens [4]. Im Rahmen der Gesetze und auf dem Boden des Rechts wirkt die öffentliche Verwaltung in die Zukunft und sorgt für gerechte soziale Zustände [5]. Bei solcher regulierenden Tätigkeit obliegt es ihr ständig von neuem, entgegengesetzte Interessen verschiedener Beteiligter auszugleichen. Diese Aufgabe kann nicht abstrakt und generell vom Gesetzgeber und damit erst recht nicht von den Gerichten wahrgenommen werden, sondern nur bei Bestehen eines

---

1) So aber F. BAUR, Sozialer Ausgleich durch Richterspruch, JZ 1957, S. 193 ff.; W.-F. HABSCHEID, Die Zivilrechtspflege im Spannungsfeld verfassungsrechtlicher Grundsätze, JR 1958, S. 367.

2) O. MAYER, Verw.-recht, Bd. I, S. 13; vgl. Erich BECKER, VVDStRL 14, S. 100; Ch.-F. MENGER, Die Bestimmung der öffentl. Verwaltung, DVBl 1960, S. 297.

3) Es wurde schon oben (S. 10) darauf hingewiesen, daß sie - quantitativ gesehen - stark in den Hintergrund treten.

4) Diese Aufgabe kommt z.B. auch den Maßregeln der Sicherung und Besserung zu, die ja nach ihrer materiellen Natur Verwaltung darstellen (siehe oben S. 21/22). Soweit der Richter dagegen eine Strafe ausspricht - dies gilt auch für das Verkehrsstrafrecht -, erstrebt er in erster Linie, den Angriff auf den Rechtsfrieden zu sühnen und zugleich den Rechtsbrecher von weiteren Angriffen abzuschrecken. Zwar soll auch das Strafrecht - wie jede Rechtsnorm - zu einer besseren Ordnung des menschlichen Zusammenlebens beitragen; diese Funktion tritt jedoch hinter der geschilderten Zielsetzung der gerechten Vergeltung als sekundäre Wirkung zurück (vgl. SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. II zu §§ 13 ff.; R. MAURACH, § 7 II 1, S. 61 mit weit. Nachweisen).

5) E. FORSTHOFF, Verw.-recht, S. 7; E. BECKER, Verw. und Verw.-rspr., VVDStRL 14, S. 105; H. RUMPF ebenda, S. 153; vgl. auch Hans J. WOLFF, Verw.-recht, § 3, S. 13 ff.; W. WERTENBRUCH, Die Begriffe: Beamter, Richter, Soldat auf bundesrechtlicher Grundlage, DÖV 1960, S. 677.

Bewegungsspielraumes und einer Gestaltungsmöglichkeit gemeistert werden [1]; sie ist somit eine für die Verwaltung typische Erscheinung, zu Recht ist daher die Schlichtung von bloßen Interessenstreitigkeiten aus dem Bereich materieller Rechtsprechung gewiesen worden. In vereinfachender Sicht, die nur das Typische betont, läßt sich die Verwaltung als die handelnde Staatsfunktion charakterisieren, die im Rahmen der Rechtsordnung kontinuierlich das Sozialleben gestaltet. Hier offenbart sich besonders deutlich die Fragwürdigkeit der Tendenz, gestaltende Aufgaben dem Richter zu übertragen. Deren Wesen widerspricht einer Wahrnehmung durch eine unabhängige Stelle. Diese Obliegenheiten stehen in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Gesamtordnung, die für einen einzelnen unübersehbar und deren erschöpfende Kenntnis ihm verwehrt ist [2]; sie verlangen somit eine Vielzahl handelnder Organe und eine einheitliche, die gesamte Planung überwachende Führung [3].

---

1) U. SCHEUNER, VVDStRL 14, S. 185.

2) Damit soll keineswegs eine Wertung der verwaltungsbehördlichen Tätigkeit gegenüber dem richterlichen Aufgabenkreis zum Ausdruck gebracht, sondern lediglich ihre Anderartigkeit hervorgehoben werden. Die Rechtsprechung ist auf einen festumgrenzten, aus dem übrigen Geschehen herausgelösten Sachverhalt konzentriert; dessen zutreffende Entscheidung setzt jedoch in der Regel einen über das Fachgebiet hinausreichenden Sachverstand voraus. So bedarf z.B. der Strafrichter des Wissens und der Erfahrung aus den Bereichen der Soziologie, Kriminologie, Psychologie und der Pädagogik.

3) Vgl. F. WIEACKER, Richtermacht und privates Rechtsverhältnis, AöR 68, S. 34, 39; E. FORSTHOFF, Verw.-recht, S. 7.

2. TEIL

DIE STELLUNG DER FREIWILLIGEN GERICHTSBARKEIT IM RAHMEN DER STAATSFUNKTIONEN

1. ABSCHNITT: Der positivrechtliche Umfang der f. G.

Will man Klarheit über das Wesen der f. G. gewinnen, so ist zunächst erforderlich sich einen Überblick über den Umfang dieses Rechtsgebietes zu verschaffen. Ausgangspunkt dieser Betrachtung bildet das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (= FGG), dessen Bestimmungen allein jedoch nicht zu einer Klärung der anstehenden Frage zu führen vermögen. Da das Gesetz überwiegend verfahrensrechtliche Normen enthält, wird der Bereich der f. G. erst sichtbar, wenn die materiellen Bestimmungen, insbesondere das BGB und verschiedene Einzelgesetze, hinzugezogen werden. Danach erscheinen als eine sehr bedeutsame Aufgabe die Vormundschaftssachen, die über ihr eigentliches Gebiet hinaus, wie z. B. Anordnung der Vormundschaft, Bestellung des Vormunds oder Pflegers [1], noch zahlreiche Verrichtungen in bezug auf die elterliche Gewalt, die Personensorge für Kinder aus geschiedenen Ehen und Ehesachen [2], Maßnahmen nach dem JWG u. s. w. umfassen [3]. Nach der gesetzlichen Regelung folgen die Nachlaß- und Teilungssachen, die die Tätigkeit des Gerichtes in erbrechtlichen Angelegenheiten, wie z. B. die Sicherung des Nachlasses [4] oder die Ernennung eines Testamentsvollstreckers [5] regeln. Die Bestimmungen der §§ 125-162 FGG übertragen in Verbindung mit den materiellen Normen dem Gericht die Führung zahlreicher Register und die Erledigung bestimmter im Gesetz aufgeführter Einzelfälle aus dem Handels- und dem Vereinsrecht. Als letztes Gebiet regelt das Gesetz das Verfahren der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, die das materielle Recht vielfach vorschreibt.

Schon seit langem spricht man von einem Abstieg des Zivilprozesses und einem Aufstieg der f. G. [6]. In der Tat hat diese seit der Jahrhundertwende einen großen Aufschwung genommen, ihr ist eine Fülle sehr verschiedenartiger Aufgaben über-

---

1) §§ 1774 ff. BGB.

2) §§ 1671 f. BGB.

3) Die Bestätigung der Adoption nach §§ 1741 BGB, 65, 66 FGG obliegt nicht dem Vormundschaftsgericht als solchem, sondern dem Amtsgericht.

4) §§ 1960 ff. BGB.

5) § 2200 BGB.

6) F. W. BOSCH, Zivilprozeß und f. G., AcP 149, S. 43; F. LENT, Die wachsende Bedeutung der vorsorgenden Rechtspflege, DNotZ 1950, S. 320 ff.; W. J. HABSCHEID, Grundfragen der f. G., Rpfleger 1957, S. 164.

tragen worden, so daß man das Verfahren sogar schon als ein "Mädchen für alles"[1] bezeichnet hat. Insbesondere die Auswirkungen der großen Wirtschaftskrisen, die im Gefolge der Kriege entstanden waren, haben zur Begründung zahlreicher neuer Verfahren der f. G. geführt. Diese befassen sich vornehmlich mit der Regelung und Abwicklung von schuldrechtlichen Beziehungen und anderen Gemeinschaftsverhältnissen.[2] Die Darstellung soll jedoch nicht mit der Aufzählung sämtlicher in Betracht kommender Gesetze belastet werden, sondern Beispiele erwähnen, die typisch für diesen neueren Zuständigkeitsbereich des Richters der f. G. sind. Von allgemeiner Bedeutung ist die richterliche Vertragshilfe, die die Normalisierung "notleidender" Schuldverhältnisse bewirken soll. Mit diesem Rechtsgebiet verwandt sind zahlreiche andere gesetzliche Regelungen, die das Verfahren der f. G. für die Aufgabe der Schuldenregelung in Anspruch nehmen, wie z. B. die Umstellung der Grundpfandrechte, die Wertpapierbereinigung und die landwirtschaftliche Entschuldung. Der Ordnung oder Auflösung gestörter Gemeinschaftsverhältnisse dienen das Wohnungseigentumsgesetz und die Hausratsverordnung. Eine Folge der Kriegsereignisse stellt vor allem auch die Rückerstattungsgesetzgebung dar. Die Bestimmungen über die Landwirtschaftssachen, die den Rechtsverkehr mit land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken Beschränkungen unterwerfen, bilden einen weiteren umfangreichen und recht heterogenen Bereich, auf den das FGG Anwendung findet. Schließlich hat das Verschollenheitsgesetz[3] das Aufgebotsverfahren zum Zwecke der Todeserklärung eines Verschollenen zu einer Angelegenheit der f. G. bestimmt.

2. ABSCHNITT: Geschichtliche Entwicklung

Wie diese neuere Erweiterung des Verfahrens so beruht auch der ursprüngliche Bereich nicht auf einer einheitlichen geschichtlichen Entwicklung. Als historischer Ausgangspunkt wird eine Quelle des römischen Rechts angesehen, die von einer iurisdictio voluntaria spricht. Diese Stelle befindet sich in L. 2 D. de officio proconsulis et legati I, 16 und lautet: "Omnes proconsules statim quam urbem egressi fuerint habent iurisdictionem, sed non contentiosam, sed voluntariam: ut ecce manumitti apud eos possunt tam liberi quam servi et adoptiones fieri". Danach umfaßte die Zuständigkeit der Prokonsuln die Freilassung von Sklaven und von Kindern aus der elterlichen Gewalt und ferner die Adoption. Bei diesen Fällen handelte es sich um Scheinprozesse, die die fehlende öffentliche Beurkundung

1) K. MÜNZEL, F. G. und Zivilprozeß, ZZP 66, S. 374.
2) F. LENT, DNotZ 1950, S. 322; W. J. HABSCHEID, Grundfragen der f. G., Rpfleger 1957, S. 164.
3) Vom 4. Juli 1939 in der Fassung des Gesetzes vom 26. Juli 1957.

ersetzen und zu einer sicheren Festlegung der Rechtsgeschäfte beitragen sollten [1]. Zu diesem Zweck nutzten die Römer die in iure cessio, die nur die äußere Form eines Rechtsstreites hatte. In dem Verfahren, in dem der Erwerber eine gekaufte Sache als ihm gehörend herausverlangte und der Veräußerer nicht widersprach, erkannte der Prätor dem Kläger das Eigentum zu und gab damit dem Geschäft die erstrebte Rechtsklarheit, die später die öffentlichen Urkunden gewährleisteten. So werden die in der Quelle angeführten Zuständigkeiten als nicht erschöpfend angesehen, vielmehr werden die Angaben, die nicht in der der römischen Gerichtsbarkeit eigentümlichen Zweiteilung des Verfahrens in iure und in iudicio abliefen, sondern lediglich vor dem Magistrat endeten, der iurisdictio voluntaria zugerechnet [2]. Allgemein werden diese Verfahren in iure in denen allein der Prätor tätig wurde, ihrem Wesen nach als Verwaltungstätigkeit angesehen [3]. Im Laufe der Entwicklung wurden die Obliegenheiten des Prätors erweitert und vom verschiedene Befugnisse hinsichtlich der Vormundschafts- und Nachlaßregelung übertragen. Mit der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland gingen die Zuständigkeiten des Prätors im Rahmen der iurisdictio voluntaria überwiegend auf Gerichte über, ohne daß man sich des geschichtlichen Werdeganges des römischen Rechtes und der Entstehung der f.G. bewußt gewesen wäre [4]. Diese Geschäfte wurden noch durch ein wichtiges Gebiet, das sich im deutschen Recht entwickelt und gegen die Rezeption behauptet hatte, nämlich durch das Grundbuch erweitert. Damit hatte sich zwar ein bestimmter Kreis von Rechtspflegeaufgaben gebildet, die üblicherweise unter der Bezeichnung "freiwillige Gerichtsbarkeit" zusammengefaßt wurden, jedoch hatten die einzelnen Zweige eine sehr unterschiedliche verfahrensrechtliche Regelung erhalten; sie waren in der Folgezeit meist in engem Zusammenhang mit den entsprechenden materiellen Bestimmungen landesrechtlich normiert. Erst mit dem Erlaß des FGG hat der Gesetzgeber den Versuch unternommen, ein allgemeines Verfahrensrecht zu schaffen, das die einzelnen Materien erfaßt und verbindet.

---

1) C. BORNHAK, Wesen und Umfang der Gerichtsbarkeit, ZZP 48, S. 45; K. MÜNZEL, F.G. und Zivilprozeß, ZZP 66, S. 350.

2) K. MÜNZEL, ZZP 66, S. 351 f.

3) C. BORNHAK, ZZP 48, S. 45 f.; K. MÜNZEL a.a.O. S. 351, 352; auch F. BAUR (Lehrb. § 1 II, S. 11) betont, daß im Rahmen der prokonsularischen Tätigkeit kein Rechtsstreit entschieden wird.

4) C. BORNHAK a.a.O. S. 46.

3. ABSCHNITT: Die klassische f. G. und die echten Streitverfahren der klassischen und neueren f. G.

Angesichts dieser Entwicklung und der Mannigfaltigkeit der Aufgaben ist es nicht verwunderlich, daß schon bald nach dem Inkrafttreten des Gesetzes das Schrifttum [1] und neuerdings auch die Rechtsprechung [2] aus den Angelegenheiten der f. G. eine Gruppe unter der Bezeichnung "echte Streitsachen" hervorheben. Im Gegensatz zu den meisten ursprünglichen Aufgaben weist dieser Bereich, der durch die neuerliche Ausdehnung der f. G. erheblich an Bedeutung zugenommen hat, eine gewisse Verwandtschaft mit dem Zivilprozeß auf. Ähnlich wie in der streitigen Gerichtsbarkeit stehen sich in diesen Verfahren - in der Regel zwei - Beteiligte streitend gegenüber und unterbreiten auf ihren Antrag hin dem Gericht ihren Konflikt. Tritt man nun an die Charakterisierung und Abgrenzung der f. G. heran, so muß der Versuch insbesondere diesen beiden großen und zugleich unterschiedlichen Gebieten gerecht werden.

4. ABSCHNITT: Kennzeichnung der f. G.

Die Möglichkeit, die Eigenart der f. G. begrifflich zu erfassen, wird trotz zahlreicher Untersuchungen, die diesem Problem gewidmet sind, von der überwiegenden Ansicht geleugnet [3]. In der Tat erscheint es zweifelhaft, für so verschiedenartige Gebiete, wie z. B. das Registerwesen, die Vormundschaftssachen und die Angelegenheiten nach dem Wohnungseigentumsgesetz eine Formel zu finden, die sie zu einer Einheit verbindet. Die Mehrzahl der Autoren verzichtet daher auf eine begriffliche Festlegung und grenzt die f. G. nach den positiven gesetzlichen Bestimmungen ab. Sie wird daher definiert als "diejenigen Angelegenheiten des

---

1) Aus der älteren Literatur z. B.: H. JASTROW, ZZP 25, S. 155; K. SCHNEIDER, ZZP 29, S. 109 ff.; E. JOSEF, AcP 100, S. 416 ff. .

2) Z. B. BGH L.-M. Nr. 2 zu § 16 FGG; BGHZ 6, S. 254; OLG Frankf. NJW 1953, S. 1713; BayObLG JZ 1954, S. 299; BGHZ 14, S. 179; 19, S. 199 f. .

3) L. BUSCH, Aus den Grenzgebieten der freiw. u. der streit. Gerichtsb., Festgabe für R. KOCH, S. 179 ff.; K. HELLWIG, Lehrb., S. 75/76; F. W. BOSCH, Zivilprozeß und f. G., AcP 149, S. 41; F. SCHLEGELBERGER, FGG, § 1 Bem. 6; L. ROSENBERG, § 13 II 3, S. 54; F. BAUR, Lehrb., § 2 B II, S. 30; B. WIECZOREK, ZPO u. Nebengesetze, Bd. V, § 13 GVG Bem. C I, S. 92; Th. KEIDEL, FGG, § 1 Anm. 1, S. 83 f.; P. JANSEN, FGG, § 1 Anm. 1, S. 25; E. KERN, Gerichtsverfassungsrecht, S. 17.

bürgerlichen Rechts [illegible], bei welchen zur Erreichung irgendeines rechtlichen Erfolges die Mitwirkung eines staatlichen Organes einzutreten hat und welche nicht nach den Vorschriften der Rechtsprozeßgesetze unter die Angelegenheiten der streitigen Gerichtsbarkeit fallen." [illegible]. Wenn auch im Ergebnis allein eine derartige Umschreibung den weiten Umfang der f. G. annähernd erschöpfen mag, so ist ihr doch entgegenzuhalten, daß sie im Formalen und Organisatorischen steckenbleibt, sie läßt die materiellen Besonderheiten unbeachtet. Die verschiedenen Bemühungen, die inhaltlichen Merkmale der f. G. herauszuarbeiten, mögen zur Lückenhaftigkeit verurteilt sein, aber nur eine auf das Gegenständliche gerichtete Betrachtung trägt zur Klärung des rechtlichen Wesens der f. G. bei [illegible] und ermöglicht ihre Einordnung unter die Staatsfunktionen.

1. Kapitel: Wortauslegung

Es liegt nahe, die Eigentümlichkeit der f. G. in dem Ausdruck "freiwillig" zu suchen [4]. Die Bezeichnung stellt eine wörtliche Übersetzung der oben erwähnten römischen iurisdictio voluntaria dar und gibt wohl in zutreffender Weise den Ursprung des Verfahrens wieder, nach dem sich der Beklagte zur Erreichung eines bestimmten Rechtserfolges aus freien Stücken einem Scheinprozeß unterwarf [5].

---

1) Allerdings umfaßt die f. G. infolge der Erweiterung ihres Aufgabenbereiches (s. oben S. 64 f.) darüber hinaus auch Maßnahmen, die nicht rein bürgerlich-rechtlicher Natur sind, sondern überwiegend oder ausschließlich öffentliche Interessen wahren. Es sei z. B. auf die Anordnung der Schutzaufsicht oder der Fürsorgeerziehung durch das Vormundschaftsgericht (§§ 56 ff., 62 ff. JWG) hingewiesen.

2) F. SCHLEGELBERGER a. a. O. (den Ausführungen von SCHNEIDER-EHARD, Gesetz über die Angelegenheiten der f. G., S. 15 folgend).

3) So mit Recht auch G. BOEHMER, Grundlagen, 1. Buch, S. 138/139.

4) Man sprach gelegentlich auch von "Extrajudicialien", "Außerstreitsachen" oder "außerstreitigen Verfahren". Vgl. auch die gesetzliche Definition, die die preußische Allg. Gerichtsordnung von 1793 in Teil 2 Titel 1 § 1 versucht hat: "Zu den Handlungen der f. G. werden hier sowohl diejenigen gerechnet, welche, ob sie gleich keine Prozesse sind, dennoch nach vorhandenen gesetzlichen Vorschriften vor Gerichten vollzogen werden müssen; als diejenigen, zu deren gerichtlichen Vollziehung die Parteien sich, mehrerer Gewißheit und Beglaubigung wegen, aus freiem Willen entschließen".

5) Siehe auch den Hinweis von J. BARMANN ("Echte Streitverfahren" in der f. G. AcP 154, S. 374) auf das französische Wort "jurisdiction gracieuse", das nach seiner Ansicht ebenfalls Grundlage einer Begriffserklärung sein könne.

Doch schon während der römischen Rechtsentwicklung hatte sich dieser Zweig der Gerichtsbarkeit von dem geschilderten Anfangsstadium weit entfernt. Heute können weder das Verhältnis der Beteiligten u n t e r e i n a n d e r noch ihre Beziehungen z u m G e r i c h t mit dem Begriff "Freiwilligkeit" charakterisiert werden. Zwar kann es im Einzelfall, wie etwa bei der Beurkundung, den Beteiligten freigestellt sein, ob sie das Gericht anrufen wollen; aber auch im Rahmen der streitigen Gerichtsbarkeit besteht kein rechtlicher Zwang zum Beginn eines Zivilprozesses [1], es ist dem Belieben des Klägers überlassen, ob er sich dieses Mittels zur Durchsetzung seines behaupteten Rechtes bedient. In der f.G. wird demgegenüber die Mehrzahl der Verfahren von Amtswegen eingeleitet und der Einfluß der Beteiligten auf ihren Ablauf durch die nach § 12 FGG vorgeschriebene Offizialmaxime stark zurückgedrängt. Dem Gericht stehen schließlich sogar Zwangsmittel zur Durchsetzung seiner Anordnungen zur Verfügung, es kann z.B. Ordnungsstrafen gegen einen Vormund (§ 1837 Abs. II BGB) oder in Registersachen (§§ 132 ff. FGG) verhängen. Denkt man an die Stellung der Beteiligten z u e i n a n d e r, so sind in der Tat einzelne Angelegenheiten, z.B. die Beurkundung von Verträgen oder ein Teil der Registereintragungen, dadurch gekennzeichnet, daß eine Auseinandersetzung fehlt, das Gericht vielmehr zur Vollendung eines im gemeinsamen Einverständnis erstrebten Rechtsgeschäftes tätig wird. Die genannten Verrichtungen stellen aber nur einen kleinen Ausschnitt aus dem weiten Bereich der f.G. dar, in anderen Fällen, wie etwa bei der Anordnung der Schutzaufsicht, der Fürsorgeerziehung, der Untersagung der Namensführung durch den Mann, der Entlassung eines Vormundes oder besonders den oben aufgezählten neueren Aufgaben kann heftiger Streit unter den Beteiligten bestehen. Es herrscht daher allgemeines Einverständnis, daß aus dem Namen "freiwillige Gerichtsbarkeit" kein Schluß auf Begriff und Inhalt dieser gerichtlichen Tätigkeit gezogen werden kann [2].

2. K a p i t e l: Zwecktheorie

Die zahlreichen in der Vergangenheit entwickelten Auffassungen haben damit zu Recht ihr Augenmerk auf "Zweck", "Gegenstand" oder "Mittel" des Verfahrens gerichtet [3], um aus diesen Elementen die Grundgedanken zu erkennen, die zur

---

1) Darauf weist K. MÜNZEL (ZZP 66, S. 352) hin.

2) R. GRASSHOFF, Betrachtungen über das Wesen der f.G., Festschrift für H. OBERNECK, S. 24; K. HAEGELE, Aufgaben u. Verfahren der f.G., Bem. 3 S. 20; K. MÜNZEL a.a.O.; F. LENT, F.G., S. 5; F. BAUR, Lehrb., § 1 II, S. 11 f.; F. SCHLEGELBERGER, § 1 Bem. 5; W.J. HABSCHEID, Rpfleger 1957, S. 165; P. JANSEN, FGG, Einl. I, S. 1

3) Vgl. die Unterscheidung der verschiedenen Theorien durch [illegible] F. SCHLEGELBERGER, Bem. 3 ff. und F. BAUR, § 2 B II, S. 27 ff.

Zuweisung der einzelnen Materien an die f.G. hatten. Nur von einem solchen Standpunkt aus wird die Struktur dieses Zweiges der Gerichtsbarkeit sichtbar. Allerdings ist verschiedenen Lösungsversuchen, die aus dem Zweck und Ziel des Verfahrens das maßgebende Kriterium zu gewinnen trachten, nur ein sehr geringer Erkenntniswert zuzubilligen. So vermag auch die von Richard SCHMIDT [1] vertretene These nicht zu befriedigen, nach der die f.G. im Gegensatz zu der wiederherstellenden Wirkung des Zivilprozesses dem Vorbeugungszweck diene. Diese Sicht ist nach beiden Seiten unvollkommen. Gewiß ist die Anordnung der Vormundschaft vorbeugender Natur, sie dient der Betreuung der Person und des Vermögens des Mündels, ebenso soll die Nachlaßverwaltung die Gläubiger sichern. Im Vordergrund des Zivilprozesses steht in der Regel auch der Gedanke der Wiedergutmachung einer begangenen Rechtsverletzung, dennoch sind ihm präventive Maßnahmen nicht fremd, wie es die prozessuale Unterlassungsklage und die Vollstreckungsform der einstweiligen Verfügung dartun. Insbesondere weist die f.G. aber viele Fälle der Wiederherstellung nach einer erfolgten Rechtsverletzung auf, so können z.B. bei pflichtwidrigem Verhalten der Vormund entlassen oder einem Elternteil die Verwaltung des Vermögens des Kindes entzogen werden [2].

Bedeutsamer ist die von Adolf WACH [3] geprägte Formulierung, die in der Vergangenheit zahlreiche Anhänger [4] gefunden hat; danach hat die f.G. die Aufgabe der Gestaltung, die streitige Zivilgerichtsbarkeit die der Bewahrung und Aufrechterhaltung der Privatrechtsordnung. Aber auch dieser Lösungsversuch unterliegt dem Einwand, daß er nur eine beschränkte Gültigkeit hat. Zwar kommt vielen Verrichtungen im Rahmen der f.G., z.B. der Urkunds- und Registertätigkeit konstitutive Bedeutung zu, aber schon für das Registerwesen bedarf diese Feststellung einer Einschränkung, denn die Berichtigung des Grundbuchs oder eines anderen öffentlichen Verzeichnisses dient ausschließlich der Sicherung eines vorhandenen Rechtes. Die "gestaltende" Wirkung tritt weiterhin bei den Angele-

---

1) Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, S. 162 ff., ähnlich J. GOLDSCHMIDT Zivilprozeßrecht, S. 68.

2) So G. BOEHMER, Grundlagen, 1. Buch, S. 138; gegen diese Theorie auch K. HELLWIG, System, S. 54; F.W. BOSCH, AcP 149, S. 40; F. LENT, F.G., S. 6; F. BAUR, Lehrb., § 2 B II, S. 27/28.

3) A. WACH, Hdb. des Deut. Zivilprozeßrechts, S. 53.

4) A. UNGER, Die Rechtsmittel im Verfahren der f.G., ZZP 34, S. 271 f.; ausführlich du CHESNE, F.G. u. Vollstreckung im Grundbuchverfahren, DNotV 1916, S. 445 ff.; G. BEYER, Das Verfahren der f.G., S. 1; ebenso noch heute G. BOEHMER, Grundlagen, 1. Buch, S. 138; im Grunde auch STEIN-JONAS-SCHÖNKE-POHLE, ZPO, Anm. III vor § 1.

genheiten des Vormundschafts- und Nachlaßwesens stark in den Hintergrund, sie erfüllen vornehmlich den Zweck, bestimmte Rechtsgüter und insgesamt die Privatrechtsordnung zu schützen. Zudem bietet das hervorgehobene Merkmal keine durchgreifende Abgrenzung zum Zivilprozeß, denn in den Gestaltungsurteilen wirkt dieser ebenfalls konstitutiv, indem er bestehende Rechtsverhältnisse ändert oder aufhebt [1].

Als im wesentlichen treffend ist die auf Konrad HELLWIG [2] zurückgehende Beschreibung der f.G. anzusehen, nach der sie eine allgemeine Rechtsfürsorgetätigkeit des Staates bildet [3]. Diese Charakterisierung deckt sich mit dem gesetzlichen Begriff der "vorsorgenden Rechtspflege", die den Aufgabenbereich des Notars bezeichnet und damit einen gewichtigen Teil der Gerichtsbarkeit umfaßt. Überblickt man die im FGG behandelten Materien, so zeigt sich in der Tat, daß sie in erster Linie der Unterstützung der Rechtsunterworfenen bei ihrer Teilnahme am allgemeinen rechtsgeschäftlichen Verkehr dienen. Besonders deutlich zeigt sich der Gedanke der Fürsorge im Vormundschafts- und Nachlaßwesen, deren Hauptanliegen der Schutz einer gefährdeten Person oder eines bedrohten Vermögens ist. Ähnliche Erwägungen gelten auch für die Register- und Beurkundungsangelegenheiten; im Interesse des Rechtsfriedens stellt der Staat den einzelnen seine Mithilfe zur Verfügung, um für die Offenlegung und Klarheit wichtiger Rechtsvorgänge zu sorgen.

3. Kapitel: Objekttheorie

Eine Vervollständigung der eben dargelegten These nicht eine abweichende Auffassung bildet die sog. Objekttheorie, die Friedrich LENT [4] dargelegt hat. Nach dieser Ansicht handelt es sich bei der f.G. um ein gerichtliches Eingreifen in Rechtslagen oder Rechtsverhältnisse "ohne die Grundlage oder Voraussetzung eines

---

1) Diese Theorie wird daher heute allgemein abgelehnt: W. SAUER, Grundlagen des Prozeßrechts, § 3 III 1 b, S. 47; F. LENT, F.G., S. 5/6; F. SCHLEGELBERGER, § 1 Bem. 3; F. BAUR, Lehrb., S. 27; so schon früher L. BUSCH, Festgabe für R. KOCH, S. 179; K. HELLWIG, System, S. 54.

2) System, S. 56 ff. .

3) F. LENT, DNotZ 1950, S. 320; K. MÜNZEL, ZZP 66, S. 353; F. BAUR, Lehrb., § 2 B II, S. 28; SCHÖNKE-SCHRÖDER-NIESE, Zivilprozeßrecht, § 12 II, S. 77; E. KERN, S. 14/15; von fürsorgender Tätigkeit spricht auch G. BOEHMER, S. 105 f.; vgl. schließlich W.J. HABSCHEID, Rpfleger 1957, S. 167.

4) insbesondere in Zivilprozeß und f.G., ZZP 66, S. 267 ff. im Anschluß an K. HELLWIG a.a.O. .

privaten Rechts auf die Gestaltung"[1]. Stellt man Zivilprozeß und einige bedeutsame Aufgaben aus dem ursprünglichen Bereich der f. G. gegenüber, so erkennt man alsbald, daß das hervorgehobene Kriterium Beachtung verdient. Dem Zivilprozeß liegt stets die Behauptung eines subjektiven Rechtes zugrunde, so stützt sich insbesondere die Gestaltungsklage auf ein privates Gestaltungsrecht. Die oben beispielhaft erwähnten Verfügungen des Vormundschaftsgerichts, wie Entlassung des Vormundes, Anordnung der Fürsorgeerziehung usw., ergehen, ohne daß die Beteiligten Rechte auf diese Maßnahmen geltend machen können.

Die sog. Mitteltheorie, die F. BAUR schließlich nach der Literatur[2] entnimmt, enthält keine neuen sachlichen Gesichtspunkte, sondern stellt lediglich eine andere Formulierung der im Vorstehenden erläuterten Gedanken dar[3]. Diese Ansicht sieht das Hauptmerkmal des Zivilprozesses in der rechtskräftigen und vollstreckbaren Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses und grenzt davon die f. G. ab, für die eine derartige Feststellung eines Rechts nicht charakteristisch sei, sondern die zu treffende Maßnahme im Vordergrund stehe.

Die beiden Untersuchungen, die auf den Fürsorgezweck und den Gegenstand des Verfahrens abstellen, bieten mithin einen geeigneteren Anhaltspunkt zur Wesensbestimmung der f. G. als die zuvor zitierten Definitionsversuche. Es bedarf nun einer eingehenden Prüfung, ob diese Kriterien Gültigkeit für den gesamten sehr umfangreichen und mannigfaltigen Aufgabenbereich beanspruchen können; die Betrachtung wird zugleich den Weg zur Einordnung der f. G. unter die Staatsfunktionen weisen.

3. ABSCHNITT: Der fürsorgerische Charakter der klassischen f. G. und ihre Zugehörigkeit zur Verwaltung

1. Kapitel: Vormundschaftssachen unter Berücksichtigung paralleler jugendrichterlicher Aufgaben

Das Augenmerk soll zunächst unter Außerachtlassung der Angelegenheiten, die Schrifttum und neuerdings auch Rechtsprechung als echte Streitsachen bezeichnen, auf das herkömmliche, sog. klassische Gebiet der f. G. gerichtet werden.

In diesem Rahmen kommt ein besonderes Gewicht dem sehr großen Aufgabenkreis

---

1) F. LENT a.a.O. S. 271; ähnlich L. ROSENBERG, § 13 II 3, S. 54.

2) Er zitiert (Lehrb., § 2 B II, S. 29) insbesondere LENTs Ausführungen in F. G., S. 6 ff.

3) Auch F. SCHLEGELBERGER § [illegible] dem [illegible] Theorie [illegible]

des Vormundschaftsgerichts zu. Seine Obliegenheiten sind erwachsen aus römischen und germanischen Rechtsgedanken, kamilien aus der römischen Gerichtsbarkeit, der Vormundschaft über Unmündige bzw. bestimmte Mündige, und der germanischen "Mund", die alle Unmündigen freier Personen erfaßte. Mit der Entwicklung der staatlichen Aufsicht, der sog. Obervormundschaft über den Mündel im Verlaufe des 16. Jahrhunderts entstanden die ersten bedeutsameren gesetzlichen Regelungen, die in den Reichspolizeiordnungen von 1548 und 1577 enthalten sind [1]. Die Gesetzgebung in den einzelnen Territorien folgte bis in das 18. und teilweise 19. Jahrhundert diesem Vorbild, sie behandelte die vormundschaftlichen Aufgaben als Polizeisachen, auch nachdem der Ausdruck "Polizei" seinen Bedeutungswandel erlebt hatte und nicht mehr die gesamte Verwaltungstätigkeit des Staates umfaßte [2].

Betrachtet man die Grundzüge der gegenwärtigen Ausgestaltung der Vormundschaftssachen, so erkennt man alsbald den engen wesensmäßigen Zusammenhang zwischen ihr und der angedeuteten geschichtlichen Entwicklung. Die richterliche Tätigkeit in diesem Aufgabenbereich beginnt mit der Einleitung der Vormundschaft, die bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen (§§ 1773 - 1896 BGB) von Amts wegen angeordnet wird [3]. Soweit es sich nicht um eine nach § 35 JWG eintretende Amtsvormundschaft handelt, besteht der nächste Schritt in der Bestellung einer Einzelperson zum Vormund, der im Falle der Weigerung sogar durch Ordnungsstrafen zur Übernahme des Amtes veranlaßt werden kann (§ 1788 BGB) [4]. Nimmt der Vormund die ihm aufgetragene Aufgabe an, so unterliegt seine gesamte Tätigkeit der Kontrolle des Vormundschaftsgerichts, das bei aufgedeckten Pflichtwidrigkeiten gegen ihn einschreitet, er ist rechenschaftspflichtig über die persönliche Entwicklung und die Vermögensverhältnisse des Mündels [5]. In einigen besonders wichtigen Fällen, die für den Mündel von weittragender Bedeutung sind, ist die Entscheidung über die geplanten Geschäfte unmittelbar dem Richter vorbehalten [6].

---

1) Siehe dazu A. UNGER, ZZP 34, S. 244 und die kurze Notiz bei F. BAUR, Lehrb., Vorbem. S. 3.

2) A. UNGER a.a.O.; die Auffassung, die das Vormundschaftswesen als einen wesensmäßig nicht zur FG gehörenden Geschäftszweig ansieht, ist gelegentlich noch nach Erlaß des FGG anzutreffen; so WEISSLER, WBStVR, Bd. I, S. 848.

3) Für die Pflegschaft (§§ 1909 ff. BGB) gelten die Bestimmungen entsprechend soweit sich aus dem Gesetz keine abweichenden Regelungen ergeben (§ 1915 BGB).

4) Vgl. §§ 1775 ff. BGB.

5) §§ 1837 ff. BGB.

6) §§ 1821 ff. BGB.

Das Vormundschaftsgericht erteilt oder verweigert die erforderliche Genehmigung und führt damit eine Obliegenheit aus, die sonst der Vormund erledigt. Über diesen eigentlichen vormundschaftsrechtlichen Rahmen hinaus sind demselben Richter verschiedene wesensverwandte Aufgaben auf dem Gebiete der elterlichen Gewalt und in Ehesachen übertragen, so in diesen Bereichen, die für das Kindesvermögen schwerwiegende Folgen haben können, entscheidungsbefugt und in bestimmten Einzelfällen sogar berechtigt, dem verwaltenden Elternteil die Sorge für die gesamten finanziellen Angelegenheiten des Kindes zu entziehen [1]. Aber nicht nur Vermögensfragen, sondern vor allem das leibliche und geistige Wohl des Kindes sind bei einer Gefährdung der Beobachtung des Vormundschaftsgerichts anvertraut; dessen Maßnahmen können bis zur völligen Aufhebung der elterlichen Gewalt führen [2]. Ähnliche Obliegenheiten fallen dem Vormundschaftsrichter in den Fällen der Scheidung, Nichtigerklärung oder Aufhebung einer Ehe zu, in denen er darüber befindet, welchem Ehegatten die Sorge für die Person der Kinder zustehen soll [3].

Ist dieser Überblick über die Vormundschaftssachen auch reichlich fragmentarisch, so läßt er doch den maßgeblichen Leitgedanken dieses Rechtsgebietes erkennen, der zugleich die Entwicklung aus den früheren Reichspolizeiordnungen verständlich macht. Gleichgültig ob sich das Vormundschaftsgericht auf die Führung der Aufsicht über den Vormund oder Pfleger beschränkt oder wie in den Fällen der Genehmigung unmittelbar einschreitet, stets übt es Fürsorge für Hilfsbedürftige aus, bildet deren Wohlergehen das alleinige Ziel der Verfügungen [4]. Damit tritt gleichzeitig die materiell-rechtliche Natur dieser Akte zutage. Sie erschöpfen sich nicht, um die sehr grobe, nur das Typische betonende Gegenüberstellung der rechtsprechenden und der verwaltenden Staatsfunktion zu verwenden, in erkennender Subsumtion, in Rechtsbewahrung, sondern sind eine in die Zukunft gerichtete Gestaltung des Gemeinschaftslebens und weisen somit auf materielle Verwaltungstätigkeit [5].

Diese erste flüchtige Standortbestimmung, die für manchen Zivilrechtler vielleicht befremdlich erscheinen mag, wird an Hand der oben entwickelten genaueren Abgrenzungsmerkmale bestätigt. Liegt schon nach der Hervorhebung des für-

---

1) §§ 1642-1645, 1667-1669, 1682-1683 BGB.

2) §§ 1629, 1678 Abs. II, 1679, 1680 BGB.

3) § 1671 BGB, § 37 EheG.

4) Vgl. auch F. HINRICHS, AcP 75, S. 115; O. BERNDT, Gruch. Beitr. 38, S. 617, 623 ff., 631 f.; K. HELLWIG, System, S. 57.

5) Die Tätigkeit des Straf- und des Jugendrichters ist dagegen, soweit sie sich in den Grenzen materieller Rechtsprechung bewegt, in erster Linie repressiver Natur. Näheres zu dieser Abgrenzung s. oben S. 62 Fußn. 4.

sorgerischen Charakters der Vormundschaftsangelegenheiten der Gedanke an Verwaltung nahe, so wird er für diejenigen - quantitativ überwiegenden - Fälle offenbar, in denen das Verfahren des Vormundschaftsgerichts von Amts wegen eingeleitet und durchgeführt wird. Der Antrag ist ein Spezifikum der Rechtsprechung, die Eigeninitiative offenbart ein Beteiligtsein des Handelnden an der zu regelnden Frage [1]. Gerade der letztere Gesichtspunkt kennzeichnet den Wirkungskreis des Vormundschaftsrichters. Der Staat hat sich in ihm ursprünglich fremde Rechtsverhältnisse und Angelegenheiten eingeschaltet und das Wohl schutzbedürftiger Personen und bestimmte Ehesachen zu öffentlichen Anliegen erhoben. Der Richter handelt somit nicht als neutraler Dritter, sondern als Vertreter der staatlichen Interessen [2].

Zu diesem Aufgabenkreis, der seiner materiellen Natur nach Verwaltung darstellt, gehören z.B. die Anordnung einer Vormundschaft oder Pflegschaft, einer Schutzaufsicht oder Fürsorgeerziehung nach dem JWG, die Bestätigung eines Adoptionsvertrages, die allerdings nicht durch das Vormundschaftsgericht als solches, sondern durch das Amtsgericht (§§ 65/66 FGG) vorgenommen wird, und schließlich entgegen MÜLLER-TOCHTERMANN [3] auch die Entziehung des Sorgerechts gemäß § 1666 BGB [4].

Die beiden ersteren Entscheidungen sind Offizialangelegenheiten und fügen sich schon deswegen nicht in den Rahmen der rechtsprechenden Gewalt, denn das Antrags- und Klageerfordernis als ein notwendiges Korrelat der Unparteilichkeit des Richters ist ein Wesensmerkmal der Rechtsprechung. Für die Bestätigung einer Annahme an Kindes Statt ergibt sich eindeutig aus dem bisher gültigen Gesetz, daß der Richter mit seinem Beschluß ein öffentliches Anliegen wahrnimmt und damit keine Rechtsprechung ausübt. Gemäß § 1754 Abs. II Ziff. 3 BGB ist die Bestätigung zu versagen, wenn im öffentlichen Interesse wichtige Gründe gegen die Herstellung eines Familienbandes sprechen. Dieser Versagungsgrund wird zwar nach dem Familienrechtsänderungsgesetz v. 11.8.1961 mit Wirkung vom 1.1.1962 entfallen; der materiell-rechtliche Charakter der richterlichen Entscheidung wird jedoch durch diese Änderung nicht berührt werden. Die Maß-

---

1) Die bedingte Entlassung gemäß § 26 StGB, die Maßregeln der Sicherung und Besserung nach §§ 42 a ff. StGB, die Vollstreckungsentscheidungen des Jugendrichters als Vollstreckungsleiter nach §§ 82 ff. JGG, d.h. Entscheidungen, die der Richter ohne das Vorliegen eines Antrages treffen kann, gehören - wie dargelegt - nicht in den materiellen Bereich der dritten Gewalt.

2) So ausdrücklich O. BERNDT a.a.O. S. 617.

3) F.G. zwischen Verw. und Rechtsprechung, DRiZ 1956, S. 5.

4) Vgl. auch K.A. BETTERMANN, Festschrift für F. LENT, S. 34; K. MÜNZEL, ZZP 66, S. 359.

nahme bleibt ein Akt verwaltender Fürsorge zum Wohle des Kindes [1]. Die Verhängung einer Schutzaufsicht oder einer Fürsorgeerziehung bedarf endlich einer eingehenderen Betrachtung, die zugleich den Blick auf ein paralleles Tätigkeitsgebiet des Jugendrichters lenkt. Beide Maßnahmen sind nämlich nicht nur dem Vormundschaftsrichter zur Verfügung gestellt, sondern können auch aus Anlaß einer mit Strafe bedrohten Verfehlung durch den Jugendrichter ausgesprochen werden (§§ 9, 12 JGG); in beiden Zuständigkeitsbereichen folgen sie hinsichtlich ihrer Voraussetzungen, Ausführung und Beendigung in gleicher Weise den Vorschriften des JWG.

Nach §§ 57 Abs. I, 65 Abs. I JWG kann das Vormundschaftsgericht Schutzaufsicht und Fürsorgeerziehung von Amts wegen oder auf Antrag anordnen, schon diese Befugnis des Richters, ex officio zu handeln, widerstreitet einer Zuordnung seines Vorgehens zur Rechtsprechung. § 62 JWG, der von einer Fürsorgeerziehung "unter öffentlicher Aufsicht und auf öffentliche Kosten" spricht, bestätigt diese materiell-rechtliche Charakterisierung, die Bestimmung zeigt deutlich, daß der Vormundschaftsrichter als staatliches Organ der Jugendpflege zur Verhütung einer körperlichen, geistigen oder sittlichen Verwahrlosung Minderjähriger tätig wird [2].

Soweit der Jugendrichter Erziehungsmaßregeln gemäß § 9 JGG trifft, verfolgt er den gleichen Zweck; der Gesetzgeber hat diesen entsprechenden Maßnahmen keine weiterreichende Zielsetzung beigelegt. Die Anordnung der Schutzaufsicht, der Fürsorgeerziehung und die Erteilung von Weisungen stellen insbesondere keine Strafen dar, sie dienen nicht der Sühne und Ahndung einer Straftat, sondern sind völlig beherrscht durch den Erziehungsgedanken [3]. So sind auch die Weisungen, die der Jugendrichter nach § 10 JGG erteilen kann, durch eine enge Verwandtschaft mit den Zuchtmitteln des § 1631 Abs. I BGB gekennzeichnet, die das Vormundschaftsgericht verhängt. Bei beiden Maßnahmen handelt es sich um echte Erziehungsmittel ohne Vergeltungscharakter [4]. Soweit der Jugendrichter Erziehungs-

---

1) Vgl. z.B. § 1754 Abs. II Ziff. 2 BGB.

2) Es sei auch auf Art. 6 Abs. II GG hingewiesen; Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft. Für Verwaltung auch K. MÜNZEL, ZZP 66, S. 374 (im Zusammenhang mit S. 353).

3) Karl PETERS, RjGG, § 11 Anm. 2, S. 64; DALLINGER-LACKNER, JGG Anm. I, S. 135; Hellmuth MAYER, Strafrecht, § 68, S. 392 ff. .

4) Die bürgerlich-rechtlichen Zuchtmittel sind scharf von dem gleichnamigen Institut der Jugendgerichtsbarkeit zu trennen. Die Zuchtmittel gemäß § 13 JGG dienen der Ahndung einer Straftat; zwar kommt in ihnen auch der Erziehungsgedanke zur Geltung, doch ist er nicht wie bei den Erziehungsmaßregeln allein wesensbestimmend, sondern neben der sühnenden Wirkung lediglich ein weiteres

maßregeln i.S. des § 9 JGG anordnet, greift der Staat mithin in das Elternrecht ein und übernimmt die Erziehungsgewalt. Die materiell-rechtliche Natur der Schutzaufsicht und der Fürsorgeerziehung ist daher durch die Erstreckung dieser Maßnahmen auf das Jugendstrafverfahren unberührt geblieben. Vormundschafts- wie Jugendgericht, soweit letzteres Maßnahmen gemäß § 9 JGG trifft, werden in gleicher Weise zum ausschließlichen Zwecke der Jugendfürsorge und Jugendüberwachung tätig und üben so materielle Verwaltung aus. Wenn K. A. BETTERMANN [1] in der Maßnahme der Fürsorgeerziehung unter Hinweis auf Art. 104 Abs. II S. 1 GG sowohl einen Verwaltungsakt als auch einen Richterspruch im materiellen Sinne sehen will, so steht dem entgegen, daß ein Akt nicht beiden Staatsfunktionen zugleich angehören kann. Art. 104 Abs. II S. 1 GG, der die Entscheidung über eine Freiheitsentziehung allein dem Richter vorbehält, setzt zudem nicht voraus, daß jede dieser Maßnahmen der materiellen Rechtsprechung zugehörig ist [2]. - Die Anordnungen der Freiheitsentziehung, die z.B. das Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehung (v. 29.6.1956) in die i.G. verwiesen hat (§ 3 d G.), gehören ebenfalls nicht der Rechtsprechung an [3]. Sie haben - etwa bei der Unterbringung Seuchenkranker - fürsorgerischen Charakter [4] oder sind - im Falle der Festsetzung von Ausländern nach der Ausländerpolizeiverordnung - Maßnahmen zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung.

Fortsetzung der Fußnote 4 von Seite 76:
Element. Damit ist zugleich die Grenze zwischen vormundschafts- und jugendrichterlichen Erziehungsmaßnahmen und den Zuchtmitteln und Strafen des JGG gezogen. Vgl. Karl PETERS, RJGG, § 7 Anm. 6, § 11 Anm. 2. Siehe auch oben S. 21 Anm. 5.

1) Festschrift für F. LENT, S. 29/30.

2) Ebenso O. BACHOF, DÖV 1952, S. 394; G. DÜRIG in MAUNZ-DÜRIG, Art. 104 Bem. 25.

3) H. GERBER, Freiheitsentziehung nach Art. 104 GG, DÖV 1952, S. 390; O. BACHOF, Ebenfalls: Freiheitsentziehung nach Art. 104 GG, DÖV 1952, S. 394; O.W. GEHRING, DÖV 1954, S. 333; G. DÜRIG in MAUNZ-DÜRIG, Art. 104 Bem. 25; E. KERN, Gerichtsverfassungsrecht, S. 54; a.A. K.A. BETTERMANN, Festschrift für F. LENT, S. 29; ders., Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, Die Grundrechte, S. 883. - Die Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt im Strafverfahren stellt - wie alle Maßregeln der Sicherung und Besserung gemäß §§ 42 a ff. StGB - ebenfalls einen Akt materieller Verwaltung dar (s. oben S. 21 f.).

4) Siehe H. GERBER a.a.O.; vgl. auch die Ausführungen von E. SAAGE, Freiheitsentziehungsverfahren, Einl. 2 Bem. 23 a.E., S. 15.

Der dargelegte Umstand, daß der Vormundschaftsrichter nicht nur in Angelegenheiten Dritter entscheidet, sondern gleichzeitig eine staatliche Aufgabe der Daseinsvorsorge erfüllt [1], ordnet mittelbar seine Verrichtungen der Verwaltung zu. Dies gilt beispielsweise auch für die Abberufung eines Vormundes oder Pflegers, für die Überwachung ihrer Amtsführung [2] und vor allem für die Bestimmung der elterlichen Gewalt nach der Scheidung der Ehe gemäß § 1671 BGB, eine Maßnahme, die zudem noch von Amts wegen in die Wege geleitet wird. Noch ein weiteres untrügliches Kennzeichen der Verwaltung, nämlich das rechtlich irrelevante Handlungsermessen, ist auf dem Gebiet der Vormundschaft nachweisbar: dem Richter ist häufig eine Entscheidungsfreiheit eingeräumt, die ihm die Möglichkeit zu Zweckmäßigkeitserwägungen gibt. So ist z.B. ein Vormund zu ernennen, sobald die gesetzlichen Voraussetzungen dafür eingetreten sind. In den Fällen, in denen die Eltern des Mündels keinen Vorschlag unterbreiten, ist das Gericht in seiner Auswahl frei und kann Ermessen walten lassen [3]. Dieses wird durch den Gesichtspunkt bestimmt, die für den konkreten Fall geeignetste Person zu finden. Ähnliche Zweckmäßigkeitsfragen sind vom Vormundschaftsrichter zu entscheiden, wenn er darüber befindet, ob ein Rechtsgeschäft des Vormunds oder der Eltern zu genehmigen ist oder nicht. Es soll die für das Vermögen des Mündels oder Kindes günstigste Regelung getroffen werden.

Häufig führen die Maßnahmen des Vormundschaftsgerichts, wie etwa die Sorgerechts- und Verkehrsregelung für Kinder aus geschiedenen Ehen oder die Abberufung eines Vormundes, zu erbitterten Auseinandersetzungen zwischen den Beteiligten. In einzelnen Bestimmungen bildet ein Konflikt sogar die Voraussetzung für das richterliche Einschreiten, es sei auf die zu lösenden Meinungsverschiedenheiten zwischen Eltern und Pfleger (§ 1630 BGB) oder zwischen mehreren Vormündern (§§ 1775, 1798 BGB) hingewiesen. Aber alle diese Fälle stellen weder Rechts- noch auch nur bloße Interessenstreitigkeiten in dem erläuterten Sinne dar. Gegenstand des Verfahrens sind nicht zwei verschiedene Interessensphären, die in einem Punkte zusammengestoßen sind, sondern allein das Wohl eines bestimmten Rechtssubjektes [4]. Wird ein und dasselbe Anliegen von den Beteiligten unterschiedlich be-

---

1) Siehe auch OETKER, F.G. als Reichsaufgabe, ZAkDR 1934, S. 60: "Ihre gemeinsame Funktion (sc. der f.G. und der Verwaltung) ist Ordnen der Lebensverhältnisse nach Rücksichten des Gemeinwohls".

2) Anmerkungshalber sei erwähnt, daß z.B. die gerichtliche Fachaufsicht über den Bewährungshelfer (§§ 24 a StGB, 24 JGG) ebenfalls keine richterliche Aufgabe im materiellen Sinne ist; sie gehört sachlich dem Bereich der Vollstreckung strafgerichtlicher Entscheidungen, d.h. der Justizverwaltung, an.

3) F. LENT, ZZP 66, S. 273/274.

4) Dies übersieht MESSERER (DRiZ 1954, S. 209) bei seiner Kritik an K. MÜNZEL; wie hier F. GRÄBER, DRiZ 1955, S. 8.

wertet, so bedeutet diese Verschiedenheit in den Auffassungen noch keinen Interessenkonflikt [1]. Das Gleiche gilt für die Vorschriften der §§ 1426, 1430 und 1487 BGB, nach denen das Vormundschaftsgericht die Zustimmung des einen Ehegatten zu Rechtsgeschäften des anderen ersetzt. Auch in diesen Konflikten kann der eine Ehepartner niemals seine eigenen Belange, sondern nur die des Gesamtgutes und damit die gemeinsamen Interessen der Eheleute geltend machen, es liegt also ebenfalls nur eine verschiedene Beurteilung eines einzigen Interesses vor [2] [3]. Es ist daher irrig, wenn man die letztgenannten Fälle zu den sog. echten Streitsachen rechnet, sofern man mit dem Begriff überhaupt einen juristischen Sinngehalt verknüpft und nicht lediglich auf die tatsächliche Erscheinung eines Streites abstellt. Zweck der Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts [4] ist mithin Fürsorge für "notleidende" Interessen; es tritt als Leistender und Vorsorgender dem einzelnen Staatsbürger gegenüber und erfüllt damit eine inhaltliche Aufgabe der pflegenden Verwaltung [5].

---

1) K. MÜNZEL, ZZP 66, S. 359/360.

2) Entsprechendes gilt für § 1369 BGB.

3) So E. BÖTTICHER (Regelungsstreitigkeiten, Festschrift für F. LENT, S. 102) für die inzwischen aufgehobenen, aber insoweit mit den obigen Vorschriften übereinstimmenden §§ 1379, 1402 BGB. Siehe auch MONICH, Der Schutz von Gemein- und Gesamtinteressen im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit, ZZP 33, S. 41 ff. .

4) Es wurde schon oben (S. 72) darauf hingewiesen, daß die echten Streitsachen, die auch vereinzelt in den Vormundschaftssachen auftreten, einer späteren Betrachtung vorbehalten sind.

5) Vgl. z.B. PALANDT-LAUTERBACH, Überblick vor § 1773, Anm. 2; Ch.-F. MENGER, System, S. 43/44 Anm. 18 der Verwaltungscharakter des Vormundschaftswesens war z.B. schon erkannt von F. HINRICHS, Über richterl. Kognitionen in Vormundschaftssachen, AcP 75 (1889), S. 115 f.; WEISSLER, F.G., WBDStVR Bd. I (1911), S. 849.
RGZ 63, S. 238 (ähnlich eine frühere Entscheidung des RG, zitiert von O. BERNDT, Gruch. Beitr. 37, S. 604 f.) bezeichnete das Vormundschaftsgericht als Verwaltungsbehörde; ebenso H. JACOBY, Ist das Vormundschaftsgericht eine Verw.-behörde oder ein Gericht? Diss. Heidelberg, S. 31 und passim; Hans J. WOLFF, MDR 1951, S. 68.

2. Kapitel: Nachlaßsachen

Die [illegible] und Güter kann zeichnet [illegible] sehr mannigfaltig [illegible] augenfällig [illegible] Aufgabe in den Situationen [illegible] Nachlaßrichter tatsächlich [illegible] den Erben und Nachlaßgläubigern zu erhalten. Dies geschieht [illegible] Maßregeln, die das Gericht entweder selbst vornimmt oder einer anderen Behörde bzw. einem Notar überträgt, so durch Anlegung von Siegeln, Hinterlegung sehr wertvoller Gegenstände oder Errichtung eines Nachlaßverzeichnisses [1]. In enger Verbindung mit diesen Verrichtungen stehen die Anordnung einer Nachlaßpflegschaft [2] und die Einsetzung und Überwachung eines Testamentsvollstreckers [3]. Sie sollen ebenfalls den Bestand des hinterlassenen Vermögens gewährleisten, daher ermöglicht das Gesetz sogar im Falle der Testamentsvollstreckung Anordnungen, die der Erblasser durch letztwillige Verfügung getroffen hat, außer Kraft zu setzen, "wenn ihre Befolgung den Nachlaß erheblich gefährden würde" [4]. Beide Maßnahmen, die Einsetzung eines Nachlaßpflegers wie Testamentsvollstreckers, stimmen in ihrem materiell-rechtlichen Charakter mit den entsprechenden vormundschaftsgerichtlichen Beschlüssen, der Bestellung eines Vormundes oder Pflegers, überein. Sie beruhen zum Teil auf einem Verfahren von Amts wegen (so die Berufung eines Nachlaßpflegers) oder räumen dem entscheidenden Richter ein Zweckmäßigkeitsermessen ein [5]; dieser kann z.B. von der Berufung eines Testamentsvollstreckers absehen, falls er es unter bestimmten Umständen als untunlich ansieht.

Wenn auch die Verfahren gelegentlich mit einem Konflikt zwischen den Beteiligten verbunden sein können, so handelt es sich jedoch nie um die Erledigung eines Rechtsstreites. Dies gilt auch für das gerichtliche Eingreifen bei Uneinigkeit zwischen mehreren Testamentsvollstreckern; es wird nicht über widerstreitende Rechte, sondern allein über das Schutzgut des Nachlasses entschieden [6]. - Der gleiche Grundsatz gilt für zahlreiche weitere Verfahren, die die Belange der Erben oder anderer Beteiligter zu wahren und zu sichern suchen. Zu diesen Verrichtungen

---

1) § 1960 BGB.
2) § 1961 BGB.
3) §§ 2197 ff. BGB.
4) § 2216 Abs. I I BGB.
5) § 2200 Abs. I BGB: ...., so kann das Nachlaßgericht die Ernennung vornehmen.
6) Vgl. als Parallele die Entscheidung des Vormundschaftsrichters bei Meinungsverschiedenheiten zwischen mehreren Vormündern, siehe oben S. 78).

zählen die Entgegennahme der Ausschlagung der Erbschaft [1], der Anfechtung der Annahme und Ausschlagung [2], der Anfechtung letztwilliger Verfügungen [3] und die Mitteilung dieser Erklärungen an Erben oder andere in Betracht kommende Personen [4]; vornehmlich dem Schutz der Interessen der Nachlaßgläubiger dienen die Anordnung der Nachlaßverwaltung [5] und die Abnahme des Offenbarungseides [6]. Eine besondere Art vorsorgender Tätigkeit wird vom Nachlaßgericht ausgeübt, wenn es bei der Errichtung öffentlicher Testamente mitwirkt [7]. Testamente in Verwahrung nimmt [8] und beim Tode der Erblasser eröffnet [9]. Diese Geschäfte sollen die einwandfreie Gestaltung und Durchführung der letztwilligen Verfügungen garantieren und erfüllen damit eine Aufgabe, die man als rechtsfürsorgend charakterisieren kann [10].

Eine ähnliche Funktion kennzeichnet das Erbscheinsverfahren. Es mag häufiger vorkommen, daß um die Ausstellung des Zeugnisses ein Streit entbrennt, wenn etwa die Gültigkeit oder Tragweite einer letztwilligen Verfügung zweifelhaft ist und sich dann gesetzliche und testamentarische Erben gegenüberstehen. In diesen Fällen liegen dann auch gegensätzliche Rechtsbehauptungen vor [11], aber sie bilden nicht wie im Prozeß den eigentlichen Gegenstand des richterlichen Handelns. Zwar kommt in der Entscheidung des Richters eine bestimmte Ansicht über die

---

1) § 1945 BGB.
2) § 1955 BGB.
3) §§ 2078 ff. (2081) BGB.
4) §§ 1953 Abs. II, 1957 Abs. II, 2081 Abs. II BGB.
5) § 1981 BGB; zu dem von F.W. BOSCH (AcP 149, S. 58) hervorgehobenen Gegensatz, daß die Nachlaßverwaltung zur f.G., der Nachlaßkonkurs dagegen zur streitigen Gerichtsbarkeit gehört, siehe K. MÜNZEL (ZZP 66, S. 338), der zu Recht feststellt, daß das Konkursverfahren seiner materiellen Natur nach Verwaltung darstellt; vgl. auch OETKER, ZAkDR 1934, S. 59: "Das Konkursverfahren gehört zur f.G."
6) § 2006 BGB.
7) §§ 2232 ff. BGB.
8) §§ 2246, 2248, 2277 BGB.
9) §§ 2260, 2300 BGB.
10) Vgl. dazu F. BAUR, Lehrb., § 1 III, S. 14; ders., DNotZ 1955, S. 518; W.J. HABSCHEID, Rpfleger 1957, S. 167.
11) Entscheidung eines Rechtsstreites wird angenommen von MESSERER, Zum Begriff "Rechtsprechung" und "Richter", DRiZ [illegible], [illegible] MÜLLER-TOCHTERMANN, F.G. zwischen Verw. und Rspr., DRiZ 1956, S. 5; so anscheinend auch F. BAUR, Lehrb., § 2 B II 2, S. 29 (aber anders und richtig ders., DNotZ 1955, S. 516).

Rechtslage zum Ausdruck, sie ist aber nur eine Vorfrage [1]. Im Vordergrund steht vielmehr eine Maßnahme, die ein bestimmtes Lebensgebiet ordnen soll; dies wird besonders offenkundig, wenn das Verfahren ohne Streit verläuft und der Erbe die Bescheinigung z. B. lediglich für eine Grundstücksverfügung benötigt. Auch die gesetzliche Regelung weist darauf hin, daß der Nachlaßrichter nicht einen Rechtsstreit der Erbprätendenten entscheiden, sondern allein über das Schicksal des Nachlasses bestimmen soll. Dem Erbschein kommt eine typische Eingeerscheinung rechtsprechender Tätigkeit, seine Feststellungen erwachsen nicht in materielle Rechtskraft, sondern schaffen nur eine Vermutung der Richtigkeit [2]. Wird aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen das Zeugnis als falsch erkannt, so hat das Gericht es einzuziehen; das Nachlaßgericht ist schließlich sogar in den Grenzen der §§ 322, 325 ZPO an die Entscheidung des ordentlichen Gerichts über das Erbrecht gebunden. Alle diese Umstände erhellen, daß das Erbscheinsverfahren nach der gesetzlichen Regelung nicht der Streitentscheidung dient [3], sondern lediglich eine staatliche Mitwirkung bei der Wahrnehmung der Belange eines einzelnen Rechtsunterworfenen bedeutet. Die Tätigkeit des Nachlaßgerichts ist somit ebenfalls ein Ausfluß der obrigkeitlichen Sorge und Hilfe für private Rechtsverhältnisse; der Richter wirkt nicht als unbeteiligter Dritter, sondern als Vertreter dieser staatlichen Interessen und übt mithin materielle Verwaltung aus [4].

3. Kapitel: Registersachen

Eine gewisse Verwandtschaft mit dem Erbscheinsverfahren zeigen die zahlreichen öffentlichen Register, die im Rahmen der f. G. geführt werden, auch sie sollen dem rechtsgeschäftlichen Verkehr zwischen Privatpersonen Unterstützung leisten. Zwar liegt hier keine konkrete Situation vor, die der staatlichen Hilfe bedarf, es handelt sich vielmehr um eine allgemeine Fürsorge zur Erhaltung des Rechtsfriedens. Wie der Erbschein sollen aber auch die Register den Rechtsunterworfenen tatsächliche Nachforschungen und die Klärung möglicherweise schwieriger Rechtsfragen abnehmen [5]. Sehr verschiedene Lebensgebiete werden von den öffentli-

---

1) So zu Recht K. HELLWIG, System, S. 59; K. MÜNZEL, ZZP 66, S. 373.

2) Darauf weisen H. WESTERMANN, Wesen der richterl. Streitentscheidung, S. 9/10 und K. A. BETTERMANN, Festschrift für F. LENT, S. 27 hin.

3) So K. HELLWIG, System, a. a. O.; K. MÜNZEL a. a. O.; H. WESTERMANN a. a. O.; F. BAUR, DNotZ 1955, S. 516; K. A. BETTERMANN, Festschrift für F. LENT, S. 27.

4) Gegen die Annahme von Rechtsprechung in Nachlaßsachen z. B. auch E. ARNOLD, Richter und Rechtspfleger in Nachlaßsachen, Rpfleger 1952, Sp. 306; wohl auch F. BAUR, DNotZ 1955, S. 520.

5) Vgl. F. BAUR, DNotZ 1955, S. 518.

chen Büchern erfaßt, die dementsprechend unterschiedlich ausgestaltet sind. Um einen Überblick über die Mannigfaltigkeit dieses Aufgabengebietes zu geben, seien als Beispiele das Handels- und Genossenschaftsregister, das Vereins- und Güterrechtsregister und insbesondere das Grundbuch erwähnt, dessen Verfahren zwar in einem besonderen Gesetz geregelt ist, das aber seiner Natur nach zur f.G. gehört. Beziehungsweise unterhalten auch andere Organe als die Gerichte öffentliche Register, so werden das Personenstandsregister vom Standesbeamten und die Patent- und Gebrauchsmusterrolle vom Patentamt geführt, das ebenfalls eine Verwaltungsbehörde ist [1]. Während das Personenstandsregister nur darauf gerichtet ist, Tatsachen und Rechtsverhältnisse zu vermerken und damit festzustellen, erstreben die den Gerichten übertragenen Register eine Offenlegung von Rechtsverhältnissen, um dem einzelnen die Möglichkeit einer Information zu geben. Sie dienen der Publizität und schaffen sogar eine Rechtsscheingrundlage, die allerdings in den einzelnen Sachbereichen verschieden geregelt ist [2]. Diese grundsätzliche Zielsetzung erleidet auch keine Einbuße dadurch, daß zahlreiche Eintragungen, insbesondere die Registrierungen im Grundbuch [4], konstitutive Wirkung beigelegt ist, der erstrebte Rechtserfolg also erst mit der Aufzeichnung eintritt. Diese Art des Buchungszwanges zeigt vielmehr in besonders klarer Weise den Funktionszusammenhang zwischen Eintragung und Verkehrsschutz, sie sichert am wirksamsten den Rechtsverkehr. Daneben stehen dem Registerrichter noch andere Zwangsmittel zur Verfügung, um die Buchlage mit der wahren Rechtslage in Einklang zu halten. So kann er z.B. für das Handelsregister in gesetzlich bestimmten Fällen ein Ordnungsstrafverfahren gegen die anzeigepflichtige Person betreiben, um sie zur Anmeldung der fraglichen Rechtstatsachen anzuhalten [5], oder kann das Grundbuchamt im Falle einer Eintragung, die unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften geschehen ist, von Amts wegen einen Widerspruch eintragen, um den Bürger auf die zweifelhafte Rechtslage hinzuweisen [6]. Auch im Registerwesen hat sich mithin der Staat in private Rechtsverhältnisse eingeschaltet und sie zum Gegenstand seiner Fürsorge gemacht. Trägt der Richter einen Rechtsvorgang in ein Register ein, so wahrt er nicht nur das Interesse eines einzelnen in seinen Privatangelegenheiten, sondern zugleich, wie seine Eingriffsbefugnisse zeigen, öffentliche Belange, nämlich die Sorge für Sicherheit und Klarheit des Rechtsverkehrs; damit ist der Staat an der Durchführung der Aufzeichnungen

---

1) BVerwG MDR 1959, S. 860 = NJW 1959, S. 1506; K.A. BETTERMANN, DÖV 1959, S. 761 ff.; Ch.-F. MENGER, Verw. Arch. 51, S. 64.

2) Weiterhin besteht bei den Handwerkskammern eine Handwerkerrolle.

3) Z.B. § 891 BGB für das Grundbuch, § 15 HGB für das Handelsregister.

4) § 873 Abs. I BGB oder z.B. für die Eintragung eines Vereines § 21 BGB.

5) §§ 132 ff. FGG.

6) § 53 GBO.

auch nicht völlig unbeteiligt, [illegible] In keinem Falle ist dem Registergericht die Entscheidung eines Rechtsstreites übertragen. Entsteht ein Konflikt über ein Rechtsverhältnis, das für das Verhältnis des Richters präjudiziell ist, so kann der Streit nur im Wege des Zivilprozesses entschieden werden [2]. Die Akte der Registerbehörde gehören dann in den [illegible] Bereich der vorsorgenden Verwaltung, dagegen spricht [illegible] Rechtsgebundenheit der Maßnahmen, wie MÜLLER-TOCHTERMANN [illegible] sie läßt sich auch noch in anderen Bereichen der Verwaltung nachweisen [4] [5].

4. Kapitel: Beurkundungswesen und das Aufgebotsverfahren zum Zwecke der Todeserklärung

Wie das Bedürfnis des einzelnen Staatsbürgers nach sicherer Festlegung seiner Rechtsgeschäfte den eigentlichen historischen Ausgangspunkt der f.G. bildete, so zeigt sich ihre Besonderheit auch heute noch besonders deutlich im Urkundswesen. Die öffentliche Gewalt stellt dem einzelnen ihre Hilfe zur Verfügung, um dessen private Rechtsakte für die Zukunft mit öffentlicher Beweiskraft auszustatten. Diese Fürsorge des Staates für seine Bürger ist um so notwendiger, als die Gültigkeit zahlreicher Rechtsgeschäfte nach den Vorschriften des materiellen Rechts an die Beach-

---

1) Vgl. W. WERTENBRUCH, Registereintragungen der f.G. als Verw.-akte, DÖV 1958, S. 735. Es ist richtig, wenn MÜLLER-TOCHTERMANN (DRZ 1956, S. 7) meint, daß der Registerrichter "an der Rechtssituation, auf die sich die Eintragung bezieht", unbeteiligt sei. Aber über diese vorausgehenden Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten hat er ja überhaupt nicht zu entscheiden, sondern allein über den Antrag, den zwischen den Antragstellern abgeschlossenen Rechtsvorgang einzutragen. Auch K.A. BETTERMANN (Gedächtnisschrift für W. JELLINEK, S. 374) nimmt Neutralität des Registerrichters an, ordnet aber seine Tätigkeit der Verwaltung zu (in Festschrift für F. LENT, S. 27 f.).

2) Z.B. § 127 FGG für das Handelsregister.

3) a.a.O. S. [illegible]

4) Siehe oben S. 9 f.

5) Siehe z.B. K. MÜNZEL, ZZP 66, S. 383; Hans PETERS, Gewaltentrennung, S. 18 f.; Th. MAUNZ, Deut. Staatsrecht, § 22 I 2, S. 175; K.A. BETTERMANN, Festschrift für F. LENT, S. 27 f.; W. WERTENBRUCH, Registereintragungen der f.G. als Verw.-akte, DÖV 1958, S. 735; H. RUSCHEWEYH, DVBl 1958, S. 686; C.H. ULE in M. von BRAUCHITSCH's Verwaltungsgesetze, § 42 IV 3 c, S. 130. Trotz seines grundsätzlich abweichenden Ausgangspunktes muß auch R. GRASSHOFF (Betrachtungen über das Wesen der f.G., Festschrift für H. OBERNECK, S. [illegible]) einräumen, daß das Registerwesen Verwaltungstätigkeit ist; ebenso F. BAUR, DNotZ 1955, S. 519.

[illegible] einer besonderen Form gebunden ist. So ist die Wirksamkeit verschiedener Rechtsgeschäfte von der öffentlichen Beglaubigung der Unterschrift abhängig [1]. In anderen Fällen ist Beurkundung erforderlich [2], schließlich finden sich noch Urkunden über tatsächliche Vorgänge und Rechtshandlungen (z.B. Versammlungsbeschlüsse, Scheck- und Wechselprotest, Verlauf einer Verlosung). Mögen bei der Einführung der einzelnen Formvorschriften auch verschiedene Beweggründe eine Rolle gespielt haben, etwa bei der Beurkundung mancher Rechtsgeschäfte die Absicht, den Beteiligten noch einmal die Tragweite ihres Rechtsgeschäftes vor Augen zu führen und sie auf Grund der Belehrungs- und Beratungspflicht der Urkundsperson über die Konsequenzen zu unterrichten, so dominiert doch in allen Fällen der Gedanke der Vorsorge. Dem einzelnen soll in seinen privaten Rechtsangelegenheiten [illegible] dargeboten und auf diesem Wege zugleich ein Beitrag zu einem reibungslosen Ablauf des Rechtslebens geleistet werden [3]. Damit besteht ein [illegible] Zusammenhang zwischen Register- und Urkundswesen. Hier wie dort handelt es sich nicht um die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten, sondern um eine Verbindung von privaten und öffentlichen Belangen, um die Schaffung einer Grundlage für einen gesicherten, klaren Rechtsverkehr [4]. Die Beurkundungstätigkeit im Bereich der f.G. wirkt in die Zukunft hinein und beugt Rechtsverletzungen vor, sie ist mithin materielle Verwaltung [5].

Zwar gehört das Aufgebotsverfahren zum Zwecke der Todeserklärung, das erst durch das Verschollenheitsgesetz vom 4.7.1939 der f.G. zugewiesen worden ist, nicht zum ursprünglichen Aufgabenbereich dieser Gerichtsbarkeit, jedoch bestand schon bei Inkrafttreten Übereinstimmung darüber, daß die frühere Regelung in der Zivilprozeßordnung der ergänzenden Natur des Verfahrens widersprach [6]. Gegenstand der letzteren Tätigkeit ist ja auch nicht die Feststel-

---

1) Als Beispiele seien genannt: §§ 77, 371, 403, 444, 1154 BGB, § 11 HGB.

2) Z.B. §§ 313, 518, 873 Abs. II, 2033 BGB.

3) Vgl. E. KERN, Gerichtsverfassungsrecht, S. 15.

4) F. BAUR, DNotZ 1955, S. 518.

5) Z.B. R. GRASSHOFF, Festschrift für H. OBERNECK, S. 29; Ch.-F. MENGER, System, S. 43/44 Anm. 18; K. MÜNZEL, ZZP 66, S. 353, 384; Th. MAUNZ, Deut. Staatsrecht, § 22 I 2, S. 175; K.A. BETTERMANN, Festschrift für F. LENT, S. 35; auch W. NIESE (Beurkundung als Rechtspflegeakt, ZZP 73, S. 21/22) sieht das Urkundswesen als materielle Verwaltung an. F. BAUR (a.a.O. S. 519) will eigenartigerweise die Beurkundung weder als Rechtsprechung noch als Verwaltung ansehen, dabei bleibt allerdings die Frage offen, wie diese Tätigkeit in das System der drei Staatsfunktionen eingegliedert werden soll.

6) F.W. BOSCH, AcP 149, S. 52; G. BOEHMER, Grundlagen, 1. Buch, S. 133; L. ROSENBERG, § 165 I 3, S. 839; A. NIKISCH, S. 582; K. MÜNZEL, ZZP

lung eines Rechtes, sondern lediglich die Klärung einer bloßen Tatsache, nämlich des Todes oder des Zeitpunktes seines Eintritts [1]. Mag im Einzelfall auch ein Konflikt entstehen, wenn etwa der festzusetzende Zeitpunkt für das Erbrecht von entscheidender Bedeutung ist, so stehen sich die Beteiligten doch nicht mit widersprechenden Rechtsbehauptungen gegenüber. Handelt es sich daher nie um einen "Rechtsstreit" [2]. Dem Antragsteller steht kein privates Gestaltungsrecht zu, der Richter sucht vielmehr im allgemeinen Interesse die Geschehnisse, die zum Tode führten, zu klären, um damit zugleich eine Neuordnung der rechtlichen Verhältnisse zu ermöglichen; er übt materielle Verwaltung aus [3].

5. Kapitel: Die klassische f.G. als eine Erscheinungsform materieller Verwaltungstätigkeit

Wenn sich die Lehre auch stets des besonderen Charakters der f.G. bewußt gewesen ist, der sie deutlich von der streitigen Gerichtsbarkeit abhebt, so hat sie in Vergangenheit und Gegenwart doch zum Teil Bedenken gehabt, die klassischen Materien dieser richterlichen Tätigkeit als Verwaltungssachen zu kennzeichnen. Es wird vielmehr die Ansicht vertreten, die f.G. nach dem Gegenstand, der in ihrem Verfahren behandelt werde, von der Verwaltung absondern zu können, auch wenn zwischen beiden Tätigkeiten "der Art nach" kein Unterschied be-

---

Fortsetzung der Fußnote 6 von Seite 85:
66, S. 337; F. LENT, F.G., S. 119 f. . Dies gilt auch für die Fälle des Aufgebotsverfahrens, die noch heute in der streitigen Gerichtsbarkeit behandelt werden, so der Ausschluß eines Grundstückseigentümers (§ 927 BGB), des Hypotheken-, Grundschuld- oder Rentenschuldgläubigers (§§ 1170, 1171 BGB), der Nachlaßgläubiger (§ 1970 BGB) und die Kraftloserklärung von Urkunden (§§ 1003-1023 ZPO). In diesem Zusammenhang ist schließlich noch das Entmündigungsverfahren zu nennen, das ebenfalls in den Formen des Zivilprozesses verläuft, aber allgemein dem Wesen nach als eine Angelegenheit der f.G. angesehen wird. Vgl. L. ROSENBERG, § 163 I 3, S. 827.

1) Der Fall, daß der Zivilrichter gemäß § 256 ZPO zur Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde, also ebenfalls einer Tatsache, befugt ist, ist, wie schon (S. 56 Anm. 3) bemerkt, eine Ausnahmebestimmung und kommt in der Praxis zudem selten vor. In der Tat beruft sich L. SCHWAB (Diss., S. 131/132) zur Begründung seiner Gegenmeinung, daß das Aufgebotsverfahren Rechtsprechung sei, auf diese Vorschrift.

2) F. LENT, Zivilprozeß und f.G., ZZP 66, S. 276; K. MÜNZEL, ZZP 66, S. 337.

3) Z.B. K. MÜNZEL a.a.O. S. 384; Referenten-Denkschrift S. 9.

stehe [1]. Danach seien die Verwaltungsbehörden mit Objekten, die dem öffentlichen Recht angehören, befaßt, während sich der Richter der f.G. privatrechtliche Angelegenheiten widme. Aber schon die obigen Ausführungen dürften gezeigt haben, daß eine solche kontradiktorische Gegenüberstellung der beiden Aufgabenbereiche unzutreffend ist. Die richterliche Tätigkeit im Rahmen der f.G. besorgt nicht nur private Belange, sondern wahrt auch gleichzeitig öffentliche Interessen. So liegt die Anordnung der Schutzaufsicht oder Fürsorgeerziehung nicht nur im wohlverstandenen eigenen Interesse des Mündels, sondern sie ist zugleich eine obrigkeitliche Maßnahme der Jugendfürsorge und somit wie jede staatliche Freiheitsentziehung eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit. Die Regelung wesentlich gleicher Sachverhalte fällt verschiedentlich teils in den Kompetenzbereich von Verwaltungsbehörden, teils in den der Gerichte der f.G.; so werden z.B. der Dispens vom Ehehindernis der mangelnden Volljährigkeit (§ 1 EheG) durch den Vormundschaftsrichter, die Befreiung von der Wartezeit des § 8 EheG dagegen durch den Standesbeamten erteilt [2]. Damit ist gleichzeitig umgekehrt die These widerlegt, daß das Handeln der Verwaltung sich stets auf öffentlich-rechtliche Verhältnisse beziehe. Sie wirkt vielmehr in starkem Maße auch unmittelbar auf privatrechtliche Beziehungen ein, wie es die zahlreichen Fälle genehmigungsbedürftiger Rechtsgeschäfte zeigen [3]. Die Kündigung eines Arbeitsvertrages mit einem Schwerbeschädigten oder einer Schwangeren z.B. bedarf zu ihrer Wirksamkeit der staatlichen Billigung, über die Verwaltungsbehörden befinden, oder Grundstücksgeschäfte, für die Preisvorschriften bestehen, unterliegen behördlichem Genehmigungszwang [4]. Auch hier zeigt sich eine Parallele zu einer Angelegenheit der f.G., nämlich zu der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung einer Grundstücksveräußerung. Beide Akte verfolgen das Ziel, ein privates Rechtsgeschäft zu überprüfen, und können mithin nach ihrem materiell-rechtlichen Inhalt nicht geschieden werden. Über die bloßen Genehmigungen hinaus greifen die Verwaltungsorgane auch gestaltend in private Rechtslagen ein; so sind sie befugt, Zwangsmietverhältnisse zu diktieren oder im Hinblick auf Schwerbeschädigte Zwangsarbeitsverträge festzusetzen [5]. Diese Hinweise lassen in ausreichender

---

1) So K. HELLWIG, Lehrb., S. 75/76 Anm. 1; ähnlich F. STEIN, Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung, S. 36; Karl BLOMEYER, F.G. und Zivilprozeß, Festschrift für J.W. HEDEMANN, S. 193, 198 und neuerdings F. BAUR, DNotZ 1955, S. 516; W. NIESE, ZZP 73, S. 26.

2) Vgl. K.A. BETTERMANN, Festschrift für F. LENT, S. 18 ff. (20/21) mit weiteren Beispielen; F. LENT, F.G., S. 5.

3) Siehe Hans J. WOLFF, Verw.-recht, § 47 I b, S. 241.

4) K.A. BETTERMANN, Festschrift für F. LENT, S. 19.

5) E. FORSTHOFF, Verw.-recht, S. 62 f.

Weise erkennen, daß weder die f.G. ausschließlich privatrechtliche Angelegenheiten und Interessen besorgt, noch die Verwaltung [illegible] öffentliche Rechte und Rechtsverhältnisse zum Gegenstand hat. Damit ist aber auch der Versuch, den zuletzt W. NIESE [1] unternimmt, die f.G., "auch wenn sie nach ihrem Tätigkeitsgenre Verwaltung [illegible] nach ihrem Gegenstand und ihrem Aufgabenbereich von der öffentlichen Verwaltung [illegible] zu trennen", zum Scheitern verurteilt [illegible]. Die bisher untersuchten ursprünglichen Obliegenheiten der f.G. bilden mithin einen integrierenden Bestandteil der öffentlichen Verwaltung im materiellen Sinne [3].

---

1) ZZP 73, S. 26.

2) Siehe dazu K.A. BETTERMANN a.a.O.; F. LENT, F.G., S. 5; schon OETKER (F.G. als Reichsaufgabe, ZAkDR 1934, S. 60) hat ausgeführt, daß die Scheidung der f.G. von der Verwaltung, "je nachdem die amtlichen Verrichtungen die öffentliche oder die Privatrechtsordnung betreffen", "keineswegs immer zutreffend" sei.

3) In dem älteren Schrifttum, das sich auf die f.G. in ihrem ursprünglichen Umfang, d.h. vor ihrer Erweiterung durch die neuere Gesetzgebung, bezieht, ist dieser Zweig gerichtlicher Tätigkeit insgesamt als Verwaltung angesehen worden von K. KORMANN, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, S. 6; ders., Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung, Jahrb. öff. R. 7, S. [illegible]; F. LABAND, Staatsrecht des Deut. Reiches, S. [illegible]; MEYER-DOCHOW, Lehrb. des Deut. Verw.-rechts, S. 5; C. BORNHAK, Wesen und Umfang der Gerichtsbarkeit, ZZP 48, S. 46; E. BÖTTICHER, ZZP 51, S. 208; G. ANSCHÜTZ, Verfassung des Deut. Reichs, [illegible] Abschn., Die Rechtspflege, S. 278; KLEIN ENGEL, Der Zivilprozeß Österreichs, S. 55; F. FLEINER, Institutionen, S. 15; U. SCHEUNER, Verw. Arch. 33, S. 71; M. SZIELASKO, Prozeß und f.G., Diss. Königsberg, S. 50 (und passim); W. SAUER, Grundlagen des Prozeßrechts, § 3 III 1 b, S. 45; Walter JELLINEK, Verw.-recht, S. 5, 11; Adolf ARNDT, AöR 60, S. 215; OETKER, ZAkDR 1934, S. 60; O. de BOOR, ZAkDR 1938, S. 837 ("eine Art verwaltender Tätigkeit").
Im neueren Schrifttum ist die klassische f.G. von der Rechtsprechung abgesondert worden z.B. von Ch.-F. MENGER, System, S. 43/44 Anm. 18; Referenten-Denkschrift, S. 9; H. NAWIASKY, Allg. Staatslehre, 2. Teil, 2. Bd., S. 59; C.H. ULE in M. v. BRAUCHITSCH's Verwaltungsgesetze, § 42 IV 3 c, S. 130; schließlich bezeichnet der BGH (L.-M. Nr. 2 zu § 16 FGG) die Angelegenheiten der f.G. - nach dem Zusammenhang wohl nur die ursprünglichen Aufgaben gemeint - als "eine verwaltungsähnliche Tätigkeit". Vgl. auch H. RUSCHEWEYH (DVBl 1958, S. 686), der "das Registerwesen und andere Angelegenheiten der f.G." als materielle Verwaltung bezeichnet.

Unter diesem Aspekt ist es schließlich bemerkenswert, daß im Rahmen der klassischen f.G. nicht nur Gerichte, sondern in großem Umfang - namentlich hinsichtlich der Beurkundung - Notare und daneben Verwaltungsbehörden tätig werden. Innerhalb der den Gerichten verbliebenen Angelegenheiten sind weite Gebiete an den Rechtspfleger delegiert [1]. Auf Grund eines Vorbehaltes zugunsten der Landesgesetzgebung [2], nach dem diese an Stelle der reichsrechtlichen Bestimmungen Behörden andere mit der Erledigung gewisser Angelegenheiten betrauen kann, hat sich vor allem in den früheren Ländern Baden und Württemberg eine abweichende Organisation der f.G. erhalten. Der badische Notar [3] und insbesondere der württembergische Bezirksnotar [4], ein staatlicher Beamter des gehobenen Justizdienstes, erledigen in weitem Maße die Geschäfte der f.G.. Nach Reichs- oder Landesrecht sind neben Gerichten und Notaren auch Jugendämter, Standesbeamte, Bürgermeister und verschiedene andere Organe mit Verrichtungen der f.G. betraut [5].

1. ABSCHNITT: Die rechtliche Kennzeichnung der echten Streitverfahren der f.G. und ihre Einordnung unter die Staatsfunktionen

Schon bald nach Inkrafttreten des FGG wurde verschiedentlich die Ansicht vertreten, daß dem Verfahren der f.G. sog. "echte Streitsachen" überwiesen seien [6]. Über den Kreis dieser Angelegenheiten herrschte jedoch keine Einmütigkeit, die einzelnen Schriftsteller bestimmten vielmehr in sehr unterschiedlicher Weise ihren Umfang. So sind der Begriff und die Eigenart der Streitverfahren, die sie von den anderen Verrichtungen der f.G. abhebt, bis heute umstritten geblieben [7].

---

1) Siehe § 3 i.V. mit §§ 12-18 a RechtspflG.
2) Art. 141 ff. EGBGB, §§ 191 ff. FGG.
3) Siehe dazu F. BAUR, Lehrb., § 5 III b 1, S. 78.
4) Siehe dazu K. HAEGELE, Aufgaben und Verfahren der f.G., Bem. 18 S. 34; F. BAUR, Lehrb., § 5 III b 2, S. 79.
5) Vgl. dazu den Überblick bei F. BAUR, Lehrb., § 10, S. 166 ff. und bei F. LENT, F.G., S. 11 ff..
6) Siehe z.B. H. JASTROW, Die Verrichtungen des Vormundschaftsgerichts bei güterrechtlichen Streitigkeiten unter Eheleuten, ZZP 25, S. 128; K. SCHNEIDER, ZZP 29, S. 109 ff.; E. JOSEF, AcP 110, S. 416 ff..
7) Vgl. MONICH, ZZP 33, S. 63 ff.; A. UNGER, ZZP 34, S. 275 ff.; L. BUSCH, Festgabe für R. KOCH, S. 183 ff.; EBERT-DUDEK-LINDEMANN, S. 51; K. HELLWIG, System, S. 58 f.; O. de BOOR, ZAkDR 1938, S. 835; K. BLOMEYER, Festschrift für J.W. HEDEMANN, S. 197; F.W. BOSCH, AcP 149, S. 41 ff.; A. NIKISCH, S. 48; Th. KEIDEL, F.G. § 12 Anm. 13, S. 216 ff.; F. SCHLEGELBERGER, F.G., § 12 Bem. 7; L. ROSENBERG, § 13 II 1, S. 53; W.J. HABSCHEID, Schiedsverfahren und F.G., ZZP 66, S. 190 ff.; ders., Zum Streitverfahren der F.G., JZ 1954, S. 689 ff.; STEIN-JONAS-SCHÖNKE-

Es liegt auch in diesem Zusammenhang nahe, die Terminologie zur Grundlage einer Unterscheidung zu machen und die beiden verschiedenen Aufgabenbereiche an Hand der Begriffe Streit und Freiwilligkeit abzugrenzen. In der Tat hat man versucht, nach diesen Gesichtspunkten eine Trennungslinie zu ziehen, und dementsprechend jede Angelegenheit, in der sich zwei oder mehrere Beteiligte streitend gegenüberstehen, als Streitverfahren bezeichnet [1]. Aber wie die Bezeichnung "freiwillig" lediglich einen terminus technicus darstellt, der zur Wesensbestimmung dieses Zweiges der Gerichtsbarkeit nicht herangezogen werden kann, so vermag auch allein das tatsächliche Vorliegen einer Meinungsverschiedenheit zwischen zwei Personen noch keinen Wandel der Verfahrensart zu begründen. Anderenfalls entschiede weitgehend der Zufall darüber, ob der Richter im normalen Verfahren oder im "echten Streitverfahren" der f.G. tätig würde [2]. Die Anordnung der Fürsorgeerziehung kann z.B. sowohl von Amts wegen als auch auf Antrag erfolgen und soll eine geordnete geistige und körperliche Entwicklung des Minderjährigen gewährleisten. Greift das Vormundschaftsgericht im Einzelfall nicht ex officio, sondern auf Betreiben des Jugendamtes ein, so hinge nach der obigen These die Art des Verfahrens davon ab, ob das Kind bzw. seine Eltern die

---

Fortsetzung der Fußnote 7 von Seite 89:
POHLE, Vorbem. III vor § 1, MATHEU, Vertragshilfeverfahren als Angelegenheit der f.G., DNotZ 1953, S. 371 ff.; F. BAUR, Lehrb., § 1 III 2, 3, S. 15 ff.; J. BÄRMANN, "Echtes Streitverfahren" in der f.G., AcP 154, S. 373 ff.; SCHÖNKE-SCHRÖDER-NIESE, S. 78. E. BÖTTCHER, Abänderbarkeit und Rechtskraft im Funktionsbereich der f.G., JZ 1956, S. 586/587; ders., Festschrift für F. LENT, S. 89 ff.; F. LENT, F.G., S. 9; E. KERN, Gerichtsverfassungsrecht, S. 15 f.; P. JANSEN, FGG, Einl. IV, S. 13; aus der Judikatur z.B. BGHZ 6, S. 254; BGH L.-M. Nr. 2 zu § 16 FGG; OLG Frankfurt NJW 1953, S. 1713; BayObLG JZ 1954, S. 299; BGHZ 14, S. 183; 18, S. 145; 19, S. 200.

1) So Casjen PETERS, Das echte Streitverfahren im Bereich des FGG, MDR 1952, S. 137 ff.; vgl. auch Th. KEIDEL (JZ 1953, S. 272), der mißverständlich davon spricht, daß über bestimmte von ihm aufgezählte Verfahren hinaus "auch andere Verfahren zu Streitverfahren werden können"; ders. (F.G., § 12 Anm. 13, S. 216) aber eindeutig ablehnend zu den Ausführungen von Casjen PETERS.

2) K. MÜNZEL, ZZP 66, S. 358 f.; gegen Casjen PETERS (a.a.O.) weiterhin W.J. HABSCHEID, Zum Streitverfahren der F.G., JZ 1954, S. 689/690; F. BAUR, Lehrb., S. 29 Anm. 30; J. BÄRMANN, AcP 154, S. 392.

beantragte Maßnahme billigen oder wenigstens bereit sind, sie duldend hinzunehmen, oder ob sie mit dem Jugendamt in einen Konflikt geraten. In allen denkbaren Fallgestaltungen steht jedoch stets das Wohl des Minderjährigen im Vordergrund der richterlichen Maßnahme. Das Vormundschaftsgericht hat, gleichgültig, ob das Verfahren von Amts wegen oder auf Antrag eingeleitet wird, ob die Beteiligten entgegengesetzte Ansichten äußern oder einer Meinung sind, immer in gleicher Weise zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Anordnung der Fürsorgeerziehung gegeben sind; eine Änderung des sachlichen Gehalts des Verfahrens wird durch keinen der genannten Umstände bewirkt [1]. Die Auslegung juristischer Begriffe darf daher - wie W.J. HABSCHEID [2] gegen diesen Abgrenzungsversuch zu Recht bemerkt - nicht allein nach philologischen Maßstäben geschehen, darf nicht auf "Randerscheinungen" abstellen, sondern muß vielmehr auf den "Kern der Dinge" gerichtet sein.

2. Kapitel: Die echten Streitverfahren unter dem Gesichtspunkt der Zweck- und Objekttheorie

Will man mithin die Erscheinungen des Rechtslebens nicht allein nach ihrer rein tatsächlichen Seite, sondern vor allem nach ihrer rechtlichen Besonderheit systematisieren, so ist der Begriff der echten Streitsachen den Angelegenheiten vorzuenthalten, in denen eine Auseinandersetzung nur eine Nebenfolge ist, die gelegentlich im Einzelfall auftreten kann. Die genannte Bezeichnung kommt vielmehr nur jenen Verfahren zu, die auf einen Streit zwischen - meist - zwei Beteiligten angelegt sind [3]. Solche Fälle lassen sich auch innerhalb der Grenzen der f.G. nachweisen, und sie haben insbesondere in neuerer Zeit eine erhebliche Auswertung erfahren. Kennzeichnend für den Aufgabenbereich ist die prozessuale Rechtsstellung der Beteiligten, sie leiten durch einen Antrag das Verfahren ein und können es durch Antragsrücknahme oder Vergleich beenden [4]. Damit rücken diese Angelegenheiten in die Nachbarschaft des Zivilprozesses, und gerade diese Ähnlichkeit hat häufig zu der Annahme verleitet, daß es sich bei ihnen durchweg um bürgerliche Rechtsstreitigkeiten handele [5].

---

1) Siehe auch das sehr treffende Beispiel bei K. MÜNZEL a.a.O. .

2) JZ 1954, S. 690.

3) F. LENT, F.G., S. 9.

4) Vgl. z.B. W.J. HABSCHEID, JZ 1954, S. 689; J. BÄRMANN, AcP 154, S. 392; F. LENT, F.G., S. 9.

5) So z.B. K. SCHNEIDER, ZZP 29, S. 111 f.; E. JOSEF, AcP 110, S. 416; K. BLOMEYER, Festschrift für J.W. HEDEMANN, S. 197; aus dem neueren Schrifttum z.B. G. BOEHMER, Grundlagen, S. 140 ff.; Referenten-Denkschrift, S. 9; F. BAUR, Lehrb., § 1 III 2, 3, S. 15 ff.; W.J. HABSCHEID, Rpfleger 1957, S. 167/168.

a) Die echten Streitsachen der klassischen f.G.

Es ist nun kaum durchführbar, sämtliche Verrichtungen der klassischen f.G., die jemals im Schrifttum als "Streitsachen" benannt wurden [1], auf ihren rechtlichen Charakter zu untersuchen. Daher sollen im folgenden nur einige typische Beispiele aus ihr hervorgehoben werden, und von diesem Standpunkt aus soll das Wesen des echten Streitverfahrens erhellt werden. Zu ihnen gehören die Fälle [2], in denen der Richter gemäß § 1612 Abs. II BGB über Art und Zweck des einem unverheirateten Kinde zu gewährenden Unterhalts oder gemäß § 1234c Abs. II BGB über die Form eines Pfandverkaufs befindet. Eine ähnliche Ausgestaltung weisen die Entscheidungen über die Entlassung eines Testamentsvollstreckers gemäß § 2227 BGB oder über die religiöse Kindererziehung nach §§ [illegible] RelKErzG auf. Alle diese Tatbestände setzen einen Konflikt zwischen mehreren Beteiligten voraus und übertragen dessen Lösung dem Richter der f.G. [illegible]. Es wird nun verschiedentlich die Auffassung vertreten, daß diese Streitverfahren der Durchsetzung behaupteter subjektiver Rechte dienen, und zum Beweise dieser These auf den vor 1900 geltenden Rechtszustand verwiesen [3]. In der Tat wurden bis zum Inkrafttreten des BGB und des FGG einzelne der hier zur Untersuchung stehenden Materien im streitigen Prozeß erledigt. So waren ihm die Entscheidungen über die abweichende Art des Pfandverkaufs und über die Entlassung des Testamentsvollstreckers, die Ersetzung der elterlichen Einwilligung zur Eheschließung des minderjährigen Kindes (jetzt § 3 EheG) und die Aufhebung der Entziehung oder Be-

---

1) Vgl. die untereinander abweichenden Kataloge bei: K. SCHNEIDER a.a.O. S. 110 ff.; E. JOSEF a.a.O.; STEIN-JONAS-SCHÖNKE-POHLE, Vorbem. III vor § 1; Th. KEIDEL, F.G., § 12 Anm. 13, S. 216; F. SCHLEGELBERGER, F.G. § 12 Bem. [illegible].

2) Siehe Th. KEIDEL (a.a.O.) und F. SCHLEGELBERGER (a.a.O.), die übereinstimmend die folgenden Beispiele als sog. echte Streitverfahren bezeichnen.

3) Z.B. K. SCHNEIDER a.a.O. S. 109; W.J. HABSCHEID, ZZP 66, S. 191; ders., JZ 1954, S. 689 (S. 691: "Echte Streitsachen liegen immer dann vor, wenn das Gericht als einzige zur endgültigen (d.h. materiell rechtskräftigen) Entscheidung berufene Instanz über behauptete subjektive Rechte zu befinden hat, mögen die Beteiligten den Richter im Einverständnis angerufen haben oder nicht, mag die Entscheidung nach oder ohne streitige Verhandlung gefällt werden".). Ihm zustimmend Th. KEIDEL, JZ 1954, S. 232 (und F.G., § 12 Anm. 13, S. 216); ähnlich J. BÄRMANN, AcP 154, S. 418: "Das 'echte Streitverfahren' der F.G. ist demnach für Streitverfahren mit subjektiven Privatrechten als Gegenstand, meist, jedenfalls in der neueren Gesetzgebung, gekennzeichnet durch die Zuweisung konkreter Rechtssatzfindung an das Richterrecht".

schränkung der Schlussergewalt zugewiesen [1]. Der Übergang dieser Aufgaben von der streitigen auf die freiwillige Gerichtsbarkeit hat jedoch nicht nur eine verfahrensmäßige Verlagerung bewirkt, sondern war zugleich mit einer materiellrechtlichen Umgestaltung dieser Materien verbunden. Noch in § 1178 des Entwurfs I zum BGB war beispielsweise vorgesehen, dem Pfandgläubiger einen Anspruch gegen den Eigentümer auf Abgabe einer Einwilligungserklärung zu der begehrten anderweitigen Art des Pfandverkaufs einzuräumen [2]. Nach der später verwirklichten und heute geltenden Regelung ist dem jedoch kein subjektives Recht verliehen, nach dem er unter bestimmten Umständen eine abweichende Verwertungsart verlangen kann, vielmehr setzt im Falle der Uneinigkeit das Gericht eine Art der Pfandveräußerung fest, die den Interessen aller Beteiligten möglichst gerecht wird [3]. Der richterliche Akt stellt mithin nicht eine Subsumtion eines Sachverhalts unter eine generelle Rechtsnorm dar, sondern erstrebt vielmehr eine verständige Vermittlung unter den widerstreitenden Begehren der Beteiligten. Damit ist zugleich ein Hinweis auf die Struktur der Streitsachen gewonnen. Dem Richter ist die Wiederherstellung gestörter Rechtsbeziehungen überlassen, die er unter sorgfältiger Berücksichtigung und Abwägung aller in den einzelnen Fall in Betracht kommenden tatsächlichen Momente vornehmen soll. Den von der richterlichen Maßnahme Betroffenen steht kein privates subjektives Recht, weder ein Leistungsanspruch noch ein Gestaltungsrecht, zu; die Normen bilden nur die äußere Grundlage, die den Richter zum Einschreiten ermächtigen, inhaltlich stellt sich die Entscheidung nicht als die Anwendung eines Rechtssatzes, als Feststellung eines gesetzlich bereits bestandenen Zustandes" dar [4]. Daher hat schon K. HELLWIG [5] zu Recht festgestellt, daß in diesen Streitfällen die Antragsteller nicht ein eigenes Recht, sondern nur die Pflicht des Richters, eine Entscheidung zu treffen, geltend machen. Das Fehlen eines subjektiven Rechts gilt damit in gleicher Weise für den schon behandelten Bereich wie auch für die Streitverfahren der klassischen f.G. . So kann z.B. ein Kind weder bei der Entziehung der elterlichen Gewalt noch bei der Auseinandersetzung um die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zur Eheschließung, d.h. bei einer Aufgabe, die man den Streitverfahren zurechnet, ein privates Gestaltungsrecht gegen den Träger der elterlichen Gewalt geltend machen. Auch in den echten Konfliktsfällen fehlt mithin

---

1) Siehe dazu L. BUSCH, Festgabe für R. KOCH, S. 181; K. MÜNZEL, ZZP 66, S. 360 ff. .

2) Motive III, S. 829; Protokolle III, S. 479 f. .

3) K. MÜNZEL, ZZP 66, S. 362 f.; vgl. z.B. auch L. BUSCH a.a.O. S. 183; K. HELLWIG, System, S. 59.

4) A. UNGER, ZZP 34, S. 277.

5) K. HELLWIG, System, S. 58/59.

die für den Zivilprozeß notwendige Rechtsbehauptung. Gegenstand des Verfahrens ist die Frage, ob das Gericht unabhängig von einem privaten einklagbaren Recht die Rechtslage der Beteiligten ändern darf und soll [1].

Kennzeichnend ist die weitgehende Entscheidungsfreiheit, die dem Inhalt des Beschlusses in das Ermessen des Gerichts stellt. Das Verhalten des Richters ist nicht vorausbestimmt, seine Tätigkeit besteht eben nicht darin, eine Rechtsbehauptung des Antragstellers zu bejahen oder zu verneinen. Wie der Gesetzgeber in den meisten Rechtsnormen hinsichtlich der Streitsachen formuliert hat, kann der Richter eine Maßnahme treffen; es ist also seiner Wahl überlassen, ob und in welcher Weise er tätig wird. Die Ausübung dieses Handlungsermessens ist orientiert an dem Maßstab, im Rahmen der Billigkeit die der konkreten Lebenssituation angemessenste Lösung zu finden. So ist z.B. nach der genannten Vorschrift des § 1612 Abs. II BGB ein gerichtlicher Eingriff möglich. Befindet das Gericht über die Art des zu leistenden Unterhaltes, so werden meist mehrere Regelungen denkbar sein, ohne daß eine von ihnen als ungerecht bezeichnet werden könnte. Eine ähnliche Sachlage wird, um ein weiteres Beispiel zu nennen, in der Regel für die gerichtliche Bestimmung der Pfandverwertung bestehen. Ist gemäß § 2227 BGB die Abberufung des Testamentsvollstreckers beantragt, so kann das Nachlaßgericht trotz Vorliegens eines wichtigen Grundes, der eine Entlassung rechtfertigte, sein Verbleiben anordnen, wenn z.B. kein Nachfolger vorhanden ist [3]. Daraus ergibt sich für die Streitverfahren der klassischen f.G., daß die richterlichen Entschlüsse nicht ein behauptetes und bestrittenes subjektives Recht betreffen, sondern von dem Bestreben getragen sind, die geeignetste Ordnung in den gestörten Beziehungen zwischen den Beteiligten herbeizuführen, das "Axiom der Zweckmäßigkeit" bildet die Richtschnur der Entscheidungen [4].

Allerdings wird für den in Rede stehenden Bereich eine Einschränkung zu treffen sein. In dem Streit der Ehegatten um die Beschränkung oder Entziehung der Schlüsselgewalt der Frau war die Aufhebung dieser Maßnahme des Mannes nach dem bisher gültigen § 1357 Abs. II BGB auch bei Vorliegen eines Mißbrauchs in das Er-

---

1) MONICH, ZZP 33, S. 64 f.; A. UNGER, ZZP 34, S. 275 ff.; L. BUSCH, Festgabe für R. KOCH, S. 183; EBERT-DUDEK-LINDEMANN, § 12, S. 51; K. HELLWIG, System, S. 58 f.; K. MÜNZEL, ZZP 66, S. 360 ff.; F. LENT, F.G., S. 65/66.

2) § 1612 Abs. II S. 2 BGB: Aus besonderen Gründen kann das Vormundschaftsgericht auf Antrag des Kindes die Bestimmung der Eltern ändern.

3) Vgl. PALANDT-RECHENMACHER, § 2227 Anm. 4.

4) F. LENT, Referat auf der Tagung der Zivilprozeßrechtslehrer v. 23./24.4.1953 in Würzburg nach einem Bericht von E. BÖTTICHER, JZ 1953, S. 415; vgl. auch A. NIKISCH, Zivilprozeßrecht, S. 47.

[illegible] des Gerichts gestellt. Durch das Gleichberechtigungsgesetz ist inzwischen die Vorschrift verändert und die Rechtsstellung der Frau gestärkt worden, bei Fehlen ausreichender Gründe hat der Vormundschaftsrichter die Schlüsselgewalt der Frau wiederherzustellen. Unter diesen Umständen ist das Bestehen eines Gestaltungsrechts des einen Beteiligten gegen den anderen anzunehmen und damit grundsätzlich die Möglichkeit eines echten Rechtsstreits zu bejahen [1]. Eine besondere Stellung im Rahmen der Streitsachen der Gleichheit f. G. kommt der Tätigkeit des Gerichts bei der Auseinandersetzung eines Nachlasses oder des Gesamtgutes einer Gütergemeinschaft gemäß §§ 86 - 99 FGG zu. Hier stellt der Richter seine Dienste als "amtlicher Makler" zur Verfügung, um z. B. den Erben zu einer vernünftigen Erbteilung zu verhelfen. Seine Befugnisse erschöpfen sich in einer Vermittlung, dem ist damit die Möglichkeit gegeben, den Widerstand einzelner Beteiligter durch eine Entscheidung zu brechen. Das Nachlaßgericht wird lediglich bei Mitwirkung eines Teilungsplan unterbreiten, in dem ihre Wünsche und Interessen weitgehend berücksichtigt sind, um sie auf diese Weise zu einer gütlichen Einigung zu bewegen. Die richterlichen Bemühungen sind jedoch zum Scheitern verurteilt, sobald nur einer der Beteiligten widerspricht. Dieses Beispiel zeigt die Eigenart des Verfahrens deutlich hervor, es dient nicht der Durchsetzung behaupteter Rechte, sondern der Klärung und Abwicklung gestörter Rechtsbeziehungen zwischen mehreren Beteiligten.

b) Die echten Streitsachen der neueren f. G.

In dieser Zielsetzung bilden die Teilungssachen eine gesetzliche Verbindung zwischen der klassischen f. G. und den zahlreichen Streitverfahren, die ihr durch die unsere Gesetzgebung zugewiesen sind [2]. In ihnen hat der Gedanke der Hilfe bei der Abänderung oder Auflösung zwischenbetroffener Rechtsverhältnisse seinen besonderen Niederschlag gefunden. Zugleich ist in der Erkenntnis, daß nur ein tatsächlicher Zwang zu einer wirksamen Bereinigung der Konflikte führen kann, die richterliche Macht erheblich erweitert und ihr die Befugnis zu einer abschließenden und endgültigen Gestaltung beigelegt worden. Von exemplarischer Bedeutung für die "modernen" Gebiete der f. G. ist die Vertragshilfe, die unter Aufhebung aller früheren Bestimmungen im Vertragshilfegesetz vom 26. 3. 1952 zusammengefaßt ist. Diese rechtliche Neuschöpfung ist unter dem Druck wirtschaftlicher Krisen entwickelt worden, die als Auswirkungen des Krieges das Leben des Staates und des einzelnen erschütterten [3], nach der Gesundung der Wirtschaft ist sie jetzt

1) Vgl. auch F. LENT, F. G., S. 67.

2) K. MÜNZEL, ZZP 66, S. 377, K. A. BETTERMANN, Festschrift für F. LENT, S. 31/32; E. BÖTTICHER ebenda, S. 95.

3) Vgl. F. LENT, Die wachsende Bedeutung der vorsorgenden Rechtspflege, DNotZ 1950, S. 322 ff. .

auf vor der Währungsreform begründete Verbindlichkeiten beschränkt. - Vertragshilfe wird nach § 1 Abs. I VHG dem Schuldner gewährt, wenn und soweit ihm die fristgemäße oder die volle Leistung bei gerechter Abwägung der Interessen und der Lage beider Teile nicht zugemutet werden kann. Begehrt also der in Bedrängnis geratene Vertragspartner die richterliche Unterstützung, so erstrebt er einen Eingriff in das bestehende Schuldverhältnis, um es neuordnen zu lassen. Der Schuldner macht nicht ein Gestaltungsrecht geltend, nach dem er etwa vom Gläubiger die Herabsetzung oder Stundung seiner Verbindlichkeit in bestimmter Höhe verlangen könnte; vielmehr wendet sich die Norm allein an den Richter, erst dessen Spruch verändert die Rechtslage und schafft einen Rechtsanspruch bzw. verändert den bereits bestehenden [1]. Diese Rechtsnatur der Entscheidung ergibt sich aus der dem Gericht eingeräumten Entscheidungsfreiheit. Ihm ist ein Handlungsermessen übertragen, das in den Grenzen der Gerechtigkeit am Maßstab der Zweckmäßigkeit, die wirtschaftlichen Opportunität ausgerichtet ist [2]. Es ist von dem Wunsche geleitet, die "Funktionsfähigkeit des Streitobjektes", z.B. eines größeren Betriebes, zu sichern [3]. Der Richter stellt mithin nicht ein Recht fest, sondern schafft einen "sozialen Ausgleich" [4] zwischen den widerstreitenden Interessen der Vertragspartner. Auch § 11 VHG, nach dem die Vertragshilfe nur für unbestrittene oder dem Grunde nach bestrittene Verbindlichkeiten zulässig ist.

---

1) Vgl. F. LENT, Zivilprozeß und f.G., ZZP 66, S. 249; ders., F.G., S. 66, 126; E. BÖTTICHER, Abänderbarkeit und Rechtskraft im Funktionsbereich der f.G., JZ 1956, S. 586 ff.; ders., Festschrift für F. LENT, S. 92/93; F. BAUR, Sozialer Ausgleich durch Richterspruch, JZ 1957, S. 194/195 (damit von seinen Ausführungen in Lehrb. § 1 III abrückend); BAUMBACH-LAUTERBACH, ZPO, Einl. III 1) A, S. 8; siehe auch K. MÜNZEL, ZZP 66, S. 382/383.

2) J. BARMANN (AcP 154, S. 383, 413 ff.) hält angesichts des Vordringens des Richterrechtes eine Abgrenzung des privaten Gestaltungsrechtes von der richterlichen Ermessensermächtigung für nicht mehr durchführbar und bezeichnet sie sogar als "pseudo-wissenschaftlich". Damit würde aber das gesamte bürgerliche Recht seiner Grundlage beraubt; er selbst bricht ja auch alsbald mit seiner These, indem er feststellt (S. 416), daß in manchen Streitverfahren ein subjektives Recht fehlt. Vgl. auch die gegen eine solche Auffassung gerichteten Ausführungen von W. SIEBERT in SOERGEL-SIEBERT, § 242, Anm. 331.

3) Siehe H. WESTERMANN, Die Entscheidung auf Grund richterlichen Ermessens als Einrichtung des Zivilrechts, Referat auf der Tagung deutscher Zivilrechtslehrer 1952 nach einem Bericht von F. SCHWARZ, AcP 152, S. 446/447; ders., Wesen richterl. Streitentscheidung, S. 20, 38.

4) F. BAUR, JZ 1957, S. 193 ff.

kann als Bestätigung angesehen werden, daß das Verfahren nicht über das Bestehen oder Nichtbestehen eines umstrittenen Rechtes befindet. Besteht Streit über einen Anspruch, so ist die Frage dem Zivilprozeß zugewiesen.

Diese Feststellung grenzt zugleich die Vertragshilfe deutlich von den allgemeinen § 242 BGB entwickelten Rechtssätzen, insbesondere gegenüber der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage ab. Gerade aus dem letzteren Gesichtspunkt hat die Rechtsprechung eine weitgehende Befugnis angeleitet, vertragliche Verpflichtungen herabzusetzen. Die Trennungslinie zwischen den beiden Funktionen entspricht der oben getroffenen Unterscheidung zwischen Beurteilungsspielraum und rechtlich irrelevantem Handlungsermessen[1]. "Die Vertragshilfe ermöglicht es, einen in seinem rechtlichen Bestand nicht angegriffenen Vertragsinhalt durch den Richter mit Rücksicht auf besondere Krisenlagen abändern zu lassen. § 242 ermöglicht es, einen zwar nicht dem Wortlaut, aber dem Sinn des Vertrages und der ausgleichenden Aufgabe der Rechtsordnung entsprechenden Inhalt des Vertrages in Anpassung an grundlegende Veränderungen sichtbar zu machen."[2] Ändert das Gericht gemäß § 242 BGB nach "Treu und Glauben" ein Schuldverhältnis ab, so handhabt es einen unbestimmten Gesetzesbegriff und wird mithin wohl erkennend tätig, es entfaltet den Vertragsinhalt, über den dann im Zivilprozeß durch Leistungs- oder Feststellungsurteil entschieden wird. Der Vertragshilferichter dagegen trifft eine nach Opportunitätsgesichtspunkten orientierte Willensentscheidung und gestaltet durch einen obrigkeitlichen Akt die Beziehungen der Parteien um[3]. Entsprechendes gilt für die Lederungs durch das Gleich-

---

1) Diesen Unterschied verkennt z.B. W.J. HABSCHEID (JZ 1954, S. 689), wenn er unter Hinweis auf das Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 242 BGB) annimmt, daß der Vertragshilferichter über einen vom Schuldner erhobenen Anspruch entscheide. Der gleiche Einwand ist zu erheben gegen die abweichenden Ansichten von MATHIEU, DNotZ 1953, S. 373; K.A. BETTERMANN, Festschrift für F. LENT, S. 32/33. Wenn G. KEGEL (Gutachten für den 40. Deut. Juristentag, S. 229/230) darlegt, daß kein Wesensunterschied zwischen Geschäftsgrundlagerecht und materiellem Vertragshilferecht bestehe, sondern es um die Lösung desselben rechtspolitischen Problems gehe, nur daß die Rechtssätze verschiedener Herkunft seien (Rechtsprechung einerseits, Gesetzgebung andererseits), so hebt er mit der letzteren Einschränkung ja gerade das wesentliche Kriterium hervor.

2) W. SIEBERT in SOERGEL-SIEBERT, § 242, Anm. 330.

3) H. WESTERMANN, AcP 152, S. 446-447; K. LARENZ, Referat auf der Tagung deutscher Zivilrechtslehrer 1952, AcP 152, S. 447 ff.; ders., Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, S. 167/168 und in Schuldrecht, Allg. Teil, S. 88/89, S. 209/210; E. BÖTTICHER, Festschrift für F. LENT, S. 100;

berechtigungsgesetz dem Vormundschaftsgericht zugewiesene Befugnis, die Ausgleichsforderung des einen Ehegatten gegen den anderen gemäß § 1382 BGB zu stunden [1]. Die richterliche Vertragshilfe ist mithin eine "rechtsgestaltende schöpferische Tätigkeit im Interesse des rechtlichen Aufbaus wirtschaftlicher Beziehungen und zur Erhaltung des Rechtsfriedens" [2].

In besonders klarer Weise tritt diese Natur der richterlichen Tätigkeit hervor in dem Verfahren nach der VO über die Behandlung der Ehewohnung und des Hausrats nach der Scheidung (6. DVO zum EheG). Dem Gericht ist die Aufgabe übertragen, über die Zuweisung der Ehewohnung und die Verteilung des gemeinsamen Hausrats an die geschiedenen Eheleute zu befinden. Auch in diesen Fällen vollzieht es nicht ein Gestaltungsrecht des Antragstellers [illegible] ihm ist vielmehr die Macht verliehen, unabhängig von der bestehenden Rechtslage auf das Vermögen der Eheleute einzuwirken [4]. Diese Bewegungsfreiheit kommt eindeutig und beispielhaft für das gesamte Verfahren in § 5 Abs. 1 HausratsVO zum Ausdruck, nach dem der Richter den Hausrat, der beiden Ehegatten gemeinsam gehört, g e r e c h t und z w e c k m ä ß i g verteilt. Ihm steht mithin ein Handlungsermessen zur Verfügung, das im Rahmen der Billigkeit durch Erwägungen der Zweckmäßigkeit bestimmt wird [5]. Eindrucksvoll zeigt sich dies in der Befugnis des

---

Fortsetzung der Fußnote 3 von Seite 97:
W. SIEBERT a.a.O.; siehe auch S. 96 Anm. 1; BGH NJW 1957, S. 1277; dagegen leugnet die wohl überwiegende Judikatur (vgl. den Überblick bei SOERGEL-SIEBERT, § 242, Anm. 328) die grundsätzliche Verschiedenheit der beiden Rechtsinstitute.

1) RGRK, § 1382, Anm. 29.

2) So JONAS (DNotZ 1937, S. 520) für die vorsorgende Rechtspflege.

3) Wie z.B. Casjen PETERS, MDR 1952, S. 139, ihm folgend W.J. HABSCHEID, ZZP 66, S. 192 (und in JZ 1954, S. 689) und auch K.A. BETTERMANN, Festschrift für F. LENT, S. 32 f. meinen.

4) Vgl. F. LENT, DNotZ 1950, S. 324; ders., ZZP 66, S. 280 und in F.G., S. 66; H. WESTERMANN, AcP 152, S. 446; K. MÜNZEL, ZZP 66, S. 383; auch J. BÄRMANN (AcP 154, S. 416) muß das Fehlen eines subjektiven Rechtes zugeben. Vgl. auch F. BAUR, JZ 1957, S. 194/195.

5) Es handelt sich also um ein r e c h t l i c h i r r e l e v a n t e s Handlungsermessen, welches E. BÖTTICHER (Festschrift für F. LENT, S. 95/96), der nur von Handlungsermessen spricht, zwar ebenfalls meint, aber nicht scharf genug hervorhebt. Siehe weiterhin K. LARENZ, AcP 152, S. 449; H. WESTERMANN, Wesen richterl. Streitscheidung, S. 36 ff. (38); F. LENT, F.G., S. 8, 122; vgl. schließlich auch BGHZ 18, S. 145/146, 148.

Richters (§ 9 HausratsVO). Gegenstände, die im Alleineigentum eines Ehegatten stehen, auf deren Weiterbenutzung aber der andere Partner angewiesen ist, diesem zu überlassen und ihm gegebenenfalls Eigentum gegen Festsetzung eines angemessenen Entgeltes zu übertragen. Auch in diesem Streitverfahren spricht daher der Richter nicht ein auf Rechtsanwendung beruhendes Erkenntnis aus, sondern schafft eine neue nicht dem Gesetz entnommene Ordnung.

II. Kapitel: Die sogen. Streitverfahren als Interessen- oder sog. Regelungsstreitigkeiten

Diese rechtliche Kennzeichnung trifft für zahlreiche weitere Streitsachen zu, in denen der Richter bei der Neugestaltung oder Abwicklung von Rechtsbeziehungen Hilfe leistet [1], sie bietet damit die Möglichkeit, eine substantielle Verschiedenheit zwischen den zivilprozessualen Rechtsstreitigkeiten und den sog. Streitverfahren der f. G., von einzelnen Überschneidungen abgesehen, aufzuzeigen [2]. Ihr Verhältnis zueinander ist gekennzeichnet durch die oben erwähnte "grundlegende Unterscheidung zwischen Rechtsstreitentscheidung und Interessenausgleich" [3]. Gegenstand der erwähnten Streitsachen der f. G. ist der Zusammenstoß zweier Interessensphären, dessen Lösung sich der Gesetzgeber enthalten hat. Die Beteiligten können sich nicht auf eine Rechtsnorm berufen, die inhaltlich ihren Konflikt entscheidet. Die widerstreitenden Belange der Parteien stehen sich unausgeglichen - durch eine gesetzliche oder vertragliche Regelung - gegenüber, damit sind diese Auseinandersetzungen keine Rechts- sondern bloße Interessenstreitigkeiten [4]. Der Richter wird nicht im Wege des Richtens, sondern des Schlichtens tätig [5]. Er ist aufgerufen, die Spannungen entsprechend der tatsächlichen

---

1) In diesem Zusammenhang sind z. B. zu erwähnen Hausratsverteilung im Falle des Getrenntlebens der Ehegatten nach §§ 1361 a BGB, 18 a HausratsVO, Entscheidung gemäß § 1383 BGB nach Beendigung des Güterstandes der Zugewinngemeinschaft (Übertragung bestimmter Gegenstände unter Anrechnung auf die Ausgleichsforderung), die hilfsweise Entscheidung nach § 43 Abs. 1 WEG bei Streitigkeiten unter Wohnungseigentümern, die Entscheidung über die Änderung, Verlängerung und Abwicklung von Landpachtverträgen nach §§ 7, 8, 11 LPG.

2) Dieser Wesensunterschied ist verschiedentlich in Abrede gestellt worden, z. B. von OLG Frankfurt NJW 1953, S. 1713; dem folgend Th. KEIDEL, JZ 1954, S. 232; Jürgen ARNDT, Rechtspflegergesetz, § 3, Bem. 25, S. 75.

3) Carl SCHMITT, Hüter der Verfassung, AöR 55, S. 173.

4) Eine ähnliche Problematik zeigt sich bei der Abgrenzung der verfassungsrechtlichen (oder völkerrechtlichen) von den sogen. politischen Streitigkeiten; vgl. dazu E. KAUFMANN, VVDStRL 9, S. 4.

5) Über die Abgrenzung zwischen Rechts- und Interessenstreit, siehe oben S. 43.

[illegible] und wirtschaftlichen Lage einem Ausgleich zuzuführen. Da das Gesetz keine Lösung anbietet, ist es charakteristisch für die Interessenkonflikte, daß die Parteien nur durch eine gütliche Einigung einen rechtlichen Erfolg erzielen können, wenn nicht von hoher Hand für eine ggf. mit Zwang verbundene Vermittlung gesorgt wird. Auch dieses Moment tritt in den Angelegenheiten der f.G. zutage. So ist z.B. in § 14 VHG ausdrücklich bestimmt, daß vornehmlich auf eine gütliche Einigung der Beteiligten hinzuwirken ist, die Ordnung der Rechtsbeziehungen ist damit in erster Linie den Streitteilen anheimgestellt [1].

Interessenkämpfe treten besonders häufig im modernen Wirtschafts- und Arbeitsleben auf, dementsprechend hat die Disziplin des Arbeitsrechts sich eingehend dieser Rechtserscheinung gewidmet und unter der Bezeichnung der Regelungsstreitigkeit ihre Besonderheit und ihre Abgrenzung gegenüber dem Rechtsstreit herausgearbeitet [2]. Eduard BÖTTICHER [3] hat diese Erkenntnisse neuerdings für die untersuchten echten Streitverfahren nutzbar gemacht. Es ist bemerkenswert, daß schon vor nahezu 40 Jahren, wenn auch unter einem ein wenig andersgearteten Aspekt, die Verwandtschaft zwischen dem arbeitsrechtlichen Schlichtungsverfahren und der f.G. hervorgehoben worden ist [4]. Zwar beschränkt das Arbeitsrecht den Begriff der Regelungsstreitigkeit auf solche Verfahren, die den Abschluß einer Gesamtvereinbarung zwischen den streitenden Parteien, insbesondere eines Tarifvertrages oder einer Betriebsvereinbarung, also die Aufstellung von Normen bezwecken, während die echten Streitverfahren der f.G. lediglich auf die Ordnung eines Einzelfalles, auf eine einzelne Maßnahme gerichtet sind. Jedoch berührt dieser Unterschied nicht die Übereinstimmung in der Verfahrensstruktur, zudem sind dem Betriebsverfassungsrecht sog. "konkrete Mitbestimmungsstreitigkeiten", d.h. Konflikte über eine Einzelfrage, bekannt, die in gleicher Weise wie die Auseinandersetzungen über den Abschluß einer Betriebsordnung vor den Einigungs- und Vermittlungsstellen ausgetragen werden [5]. Man wird daher den Ausdruck der

---

1) E. BÖTTICHER, Festschrift für F. LENT, S. 93; vgl. auch H. TRIEPEL, Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern, Festgabe für W. KAHL, S. 20.

2) Vgl. E. JACOBI, Grundlehren des Arbeitsrechts, S. 148 f.; H. MEISSINGER, Betriebsverf. 1954, Nr. 9, S. 5; KASKEL-DERSCH (4. Aufl.), S. 352, 401 ff.; (5. Aufl.) S. 305 f., 321/322; E.R. HUBER, Wirtsch.-Verw.-recht, Bd. II, S. 533/534; H.C. NIPPERDEY in HUECK-NIPPERDEY, Bd. II, § 41, S. 526 ff.

3) Abänderbarkeit und Rechtskraft im Funktionsbereich der f.G., JZ 1956, S. 586/587; und vor allem in Regelungsstreitigkeiten, Festschrift für F. LENT, S. 89 ff.

4) H. HOENIGER, NZfA 1923, Sp. 2/3.

5) Vgl. E.R. HUBER, Bd. II, S. 533.

Regelungsstreitigkeit über den ihm ursprünglich beigelegten Sinn hinaus auch auf solche Verfahren ausdehnen können, die der Regelung und Gestaltung einzelner Verhältnisse gelten [1]. Dabei darf man sich den Blick für die Gemeinsamkeit zwischen arbeitsrechtlichen Einigungsverfahren und echten Streitsachen auch nicht dadurch trüben lassen, daß der Interessenausgleich in Arbeitssachen nicht dem Richter, sondern besonders eingerichteten Schiedsstellen übertragen ist und das Resultat des Güteverfahrens, der "Schiedsspruch", nur in Ausnahmefällen durch Verbindlichkeitserklärung den Charakter einer Zwangsmaßnahme annimmt [2]. Diese Umstände verändern nicht das Wesen der zu lösenden Streitigkeiten; es liegt darin, daß "nicht nach Maßstäben des Rechts über Rechtsansprüche oder Rechtspflichten der streitenden Teile entschieden", sondern "nach den Grundsätzen der Gerechtigkeit, der Billigkeit, der Zumutbarkeit, der Zweckmäßigkeit und sachlichen Notwendigkeit" [3] eine Synthese zwischen widerstreitenden Interessen gesucht wird. Damit ist schon die grundsätzliche Übereinstimmung zwischen den Regelungsstreitigkeiten des Arbeitsrechts und den Streitsachen der f.G. offengelegt. Hier wie dort bestehen mehrere Möglichkeiten, den Interessengegensatz zu überbrücken, sie ergeben sich aus der jeweiligen wirtschaftlichen und sozialen Konstellation und werden nach Zweckmäßigkeit und Billigkeit abgewogen.

Auch in zahlreichen Einzelfällen drängen sich Parallelen auf, von denen zwei hervorgehoben seien. Ist z.B. zwischen einer Gewerkschaft und einem Arbeitgeberverband eine Auseinandersetzung über den Abschluß eines Tarifvertrages entbrannt und eine Einigung nicht zustande gekommen, so fällt das angerufene Vermittlungsorgan einen Schiedsspruch, der zu einer gütlichen Beseitigung der Spannungen führen soll. Es will eine künftige rechtliche Regelung nach den Grundsätzen der Gerechtigkeit und unter Berücksichtigung der Lage beider Teile konstitutiv zustande bringen. In unmittelbarer Nachbarschaft mit diesem Vorgang steht die richterliche Vertragshilfe, die nach den gleichen Gesichtspunkten die fehlgeschlagene Einigung der Streitteile über eine Vertragsumgestaltung ersetzt und somit ebenfalls neues Recht schafft [4]. In dem Konflikt zwischen den Wohnungseigentümern oder zwischen diesen und dem Verwalter über die Benutzung der gemeinschaftlichen Einrichtungen entscheidet der Richter bei Fehlen einer Regelung gemäß § 43 Abs. II WEG nach Ermessen und setzt damit eine bisher nicht vorhandene normative Ordnung. Diese richterliche Befugnis erinnert an den Ver-

---

1) So E. BÖTTICHER, Festschrift f. F. LENT, S. 95; für eine Annäherung der beiden Begriffe schon H. HOENIGER a.a.O. Sp. 3.

2) Die Möglichkeit einer Zwangsschlichtung besteht noch in Baden und Rheinland-Pfalz. Vgl. E.R. HUBER, Bd. II, S. 453; E. BÖTTICHER a.a.O. S. 91 Anm. 6.

3) E.R. HUBER a.a.O. S. 636.

4) Im Ergebnis ebenso E. BÖTTICHER, Festschrift für F. LENT, S. 93/94.

mittlungsvorschlag, in dem die Einigungsstelle einen Konflikt über den Abschluß einer Betriebsvereinbarung, z.B. über die Verwaltung von Wohlfahrtseinrichtungen oder über die Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb, beilegt [1].

Der Vergleich mit den Regelungsstreitigkeiten des Arbeitsrechts erhärtet somit das schon oben gefundene Ergebnis, daß die bezeichneten Streitsachen der f.G. wesensmäßig Interessenstreitigkeiten darstellen [2]. Beide Bereiche weisen nicht nur eine strukturelle Übereinstimmung auf, sondern sind auch durch eine inhaltliche Annäherung der zu lösenden Angelegenheiten gekennzeichnet. In allen Fällen gilt es, zu einer Regelung von Rechtsbeziehungen zu gelangen, die in erster Linie den Streitpartnern übertragen ist und eigentlich nur durch deren Einigung unter Ausgleich der gegensätzlichen Belange gewonnen werden kann. Der Schieds- bzw. Richterspruch gibt nicht eine durch Normen geschaffene Rechtslage wieder, sondern stellt - sei es für einen konkreten Einzelfall, sei es für eine Vielzahl gleichliegender Situationen - erst eine Regel auf [3].

4. Kapitel: Abgrenzung vom Rechtsstreit

Der Übergang vom Interessen- zum Rechtsstreit mag im Einzelfall nicht sofort in die Augen springen; ein Hinweis auf den Grenzverlauf findet sich in § 43 Abs. II WEG. Danach ist dem Richter nur dann Ermessen eingeräumt, wenn "sich die Regelung nicht aus dem Gesetz, einer Vereinbarung oder einem Beschluß der Wohnungseigentümer ergibt". Liegen nähere Bestimmungen über das Gemeinschaftsverhältnis vor, so hat der mit der Sache befaßte Richter die Interessen, die sich der Gesetzgeber oder die Vertragschließenden vorgestellt und bevorzugt haben, zu analysieren, um dann ihrer Interessenbewertung Folge zu leisten; eine

---

1) Vgl. E.R. HUBER a.a.O. S. 534; E. BÖTTICHER a.a.O. S. 96.

2) Die von E. BÖTTICHER herausgearbeitete Kennzeichnung der echten Streitsachen der f.G. als Regelungsstreitigkeiten hat allgemein Beifall gefunden. Vgl. z.B. F. LENT, F.G., S. 122, 124; W.J. HABSCHEID, JR 1958, S. 366; BAUMBACH-LAUTERBACH, Einl. III 1 A, S. 8; L. ROSENBERG, Zivilprozeßrecht, § 13 II 4, S. 55; P. JANSEN, FGG, Einl. IV. S. 14.

3) Vgl. E. BÖTTICHER, JZ 1956, S. 587; zu Recht bemerkt F. BAUR (Sozialer Ausgleich durch Richterspruch, JZ 1957, S. 195): "In diesem neuen Bereich hat der Richter nicht darüber zu entscheiden, wer Recht hat, sondern wie Recht wird - Recht wird in einem Lebensverhältnis, das nicht lediglich in seiner gegenwärtigen Situation analysiert, sondern in seiner künftigen Entwicklung gesichert werden soll".

eigene Abwägung ist ihm verwehrt, er befindet über die bestehenden Rechte und Pflichten und entscheidet mithin einen Rechtsstreit. Wie dieses Beispiel aus dem Wohnungseigentumsgesetz zeigt, ist das Neuland der f.G. durch die obige Aufzählung der Streitsachen nicht erschöpfend gekennzeichnet, es weist vielmehr neben den bloßen Interessenkonflikten auch Auseinandersetzungen um Rechte und Pflichten auf [1]. An erster Stelle ist das Verfahren zur Rückerstattung feststellbarer Vermögensgegenstände an Personen zu nennen, denen sie zwischen dem 30.1.1933 und dem 8.5.1945 aus Gründen der Rasse, Religion, Nationalität, Weltanschauung oder politischer Gegnerschaft gegen den Nationalsozialismus entzogen sind [2]. Hier erheben die Antragsteller Leistungsansprüche [3], und bezeichnenderweise wird das Wiedergutmachungsverfahren in den Ländern der ehemaligen französischen Zone im Zivilprozeß abgewickelt. Weiterhin werden z.B. in den Fällen der §§ 12, 14, 15 Abs. III, IV, 16 Abs. II, 18 HöfeO (f.d. Brit. Zone) subjektive Rechte geltend gemacht, die Gegenstand eines Verfahrens der f.G. sind (§§ 1 Ziff. 5, 9 d. Ges. über d. gerichtl. Verfahren in Landwirtsch.-sachen) [4].

5. Kapitel: Die Interessen- oder Regelungsstreitigkeiten als Verwaltung

Dieser - fragmentarisch gebliebene - Überblick über die echten Streitsachen der f.G. zeigt, daß sie zwei sehr unterschiedliche Rechtserscheinungen umfassen; damit erscheint es ausgeschlossen, sie ohne nähere differenzierende Betrachtung einheitlich einer bestimmten Staatsfunktion unterzuordnen. Soweit Antragsteller und Antragsgegner in einzelnen Streitsachen, die zahlenmäßig - wie dargelegt - in den Hintergrund treten, um subjektive Rechte und Pflichten streiten, entscheidet der Richter als unbeteiligter Dritter in Anwendung des geltenden objektiven Rechts über diesen Rechtsstreit und übt mithin materielle Rechtsprechung aus.

Dem äußeren Scheine nach finden sich auch in den als Interessenstreitigkeiten charakterisierten Angelegenheiten der f.G. gewisse Momente, die für ihre Zu-

---

1) Vgl. z.B. F. SCHLEGELBERGER, F.G., § 1 Bem. 4.

2) Art. 59 des Ges. Nr. 59 f.d. brit. Zone (VOBl. BritZ 1949, S. 152), Art. 67 des Ges. Nr. 59 f.d. amerikan. Zone (BayGVBl 1947, S. 231), Art. 61 RückerstattungsVO für Berlin (VOBl. 1949, S. 221).

3) Siehe K. MÜNZEL, ZZP 66, S. 378; F. LENT, ZZP 66, S. 278/279; ders., F.G., S. 67/68; E. BÖTTICHER, JZ 1956, S. 587; vgl. auch W.J. HABSCHEID, JZ 1954, S. 689; J. BÄRMANN, AcP 154, S. 384.

4) Vgl. W.J. HABSCHEID a.a.O.; J. BÄRMANN a.a.O.; K.A. BETTERMANN, Festschrift für F. LENT, S. 34.

ordnung zur dritten Gewalt sprechen. Stets handelt es sich um einen Streit zwischen mehr zwei Beteiligten, der in einem justizförmigen Verfahren durch den Richter als Neutralen gelöst wird. Dabei fehlt es an den entscheidenden Kriterien der Rechtsprechung, nämlich am Vorliegen eines Rechtsstreits, der in Anwendung allgemeiner Rechtsregeln entschieden wird. Denn Richter ist nicht ein Streit über subjektive Berechtigungen und Verpflichtungen unterbreitet, sondern er erstrebt nach dem Maßstab der - häufig wirtschaftlichen - Zweckmäßigkeit eine Synthese widerstreitender Interessen. Die rechtsprechende Tätigkeit dagegen ist auf die Idee der Gerechtigkeit bezogen. Jede Norm, soweit sie über widerstreitende Belange befindet, nimmt, wie H. WESTERMANN zu Recht ausführt, stillschweigend für sich in Anspruch, "die in ihr enthaltene Interessenbewertung sei gerecht" [1], sie stellt eine Konkretisierung der Gerechtigkeitsidee für eine bestimmte Sachlage dar. Stets bleibt die Rechtsprechung deutlich abgehoben von dem Suchen nach der im Einzelfall zweckmäßigsten Lösung.

Zieht man auch in diesem Zusammenhang als Parallele die Erkenntnisse heran, die das Arbeitsrecht über die Regelungsstreitigkeiten entwickelt hat, so bestätigen sie die obige Abgrenzung, denn einmütig wird die arbeitsrechtliche Schlichtung als materielle Verwaltung angesehen [2]. Das Streben nach der geeignetsten Regelung macht zugleich - ähnlich dem klassischen Zwerge der f.G. - ein Moment der Fürsorge sichtbar [3]. Besonders deutlich tritt es in den Fällen hervor, in denen der Richter sozial schwachen oder bedrängten Rechtsunterworfenen staatliche Unterstützung zur Verfügung stellt. Beispielhaft sei dies für die Vertragshilfe nachgewiesen: für sie ist charakteristisch, daß sie sich aus dem Vollstreckungsnotrecht und dem Zwangsvergleich entwickelt hat. Damit ist der Eingriff in das Rechtsverhältnis vorverlagert worden, ursprünglich setzte die Hilfe erst nach dem Konkurs ein, später zu dessen Abwendung und schließlich bei der Vertragshilfe bereits zur Vorbeugung von Zahlungsschwierigkeiten [4]. Ihr Ziel ist, Schuldner, die durch wirtschaftliche Krisen und Umwälzungen in Not gera-

---

1) Wesen richterlicher Streitentscheidung, S. 17.

2) KASKEL-DERSCH (4. Aufl.), S. 402 f., E.R. HUBER, Wirtsch.-Verwaltungsrecht, Bd. II, S. 635/636; H.C. NIPPERDEY in HUECK-NIPPERDEY, Bd. II, § 41 II 1, 2.

3) F. LENT, DNotZ 1950, S. 320 ff.; H. WESTERMANN, Die Entscheidung auf Grund richterl. Ermessens als Einrichtung des Zivilrechts, Referat auf d. Tagung der deut. Zivilrechtslehrer, 1952, nach einem Bericht von F. SCHWARZ, AcP 152, S. 447; K. LARENZ, Wegfall der Geschäftsgrundlage und richterliche Vertragshilfe, ebenda, AcP 152, S. 449; vgl. auch F. BAUR, JZ 1957, S. 193 ff.

4) F. LENT, F.G., S. 125.

ten sind, vor dem finanziellen Zusammenbruch zu bewahren. Damit erfüllt sie in bedeutendem Maße eine sozialgestaltende Aufgabe, gewährleistet sie doch so die Erhaltung großer Unternehmungen und die Weiterbeschäftigung vieler Personen.

Die Besonderheit dieser Verwaltungstätigkeit besteht nur darin, daß sie von einer neutralen Instanz, von einem außerhalb der streitenden Teile und ihrer Interessen stehenden Dritten wahrgenommen wird. Dieser Umstand tangiert jedoch den materiellen Gehalt der ergehenden Akte unberührt; das entscheidende Organ fällt nicht ein Urteil über subjektive Rechte und Pflichten nach dem Maßstabe des objektiven Rechts, sondern diktiert den Parteien einen Zwangsausgleich. Die Aufgaben stehen infolgedessen, wie es das Beispiel der Vertragshilfe zeigt, in wesentlich engerem Zusammenhang mit der allgemeinen Verantwortung des Staates für eine gedeihliche Sozialordnung als dies etwa bei der Entscheidung eines Rechtsstreits der Fall ist [1]. Damit ist die im Schrifttum wiederholt aufgestellte These, daß "jedenfalls" die sog. echten Streitsachen der f.G. zur Rechtsprechung im materiellen Sinne gehörten - [illegible] in dieser Allgemeinheit unzutreffend erkannt. Der überwiegende Teil dieser Angelegenheiten - mit Ausnahme einiger Rechtsstreitigkeiten - stellt vielmehr materielle Verwaltung dar [3].

---

1) Siehe auch E. FORSTHOFF (Verw.-recht, S. 63) zu den arbeitsrechtlichen Regelungsstreitigkeiten.

2) So F. LENT, F.G., S. 10; Th. KEIDEL, F.G., § 1 Anm. 1b, S. 84; vgl. z.B. weiterhin F. GRÄBER, DRiZ 1955, S. 8; E. KERN, Gerichtsverfassungsrecht, S. 1d.
H. WESTERMANN (AcP 152, S. 446) sieht z.B. die Entscheidungen nach der HausratsVO als materielle Rechtsprechung an. Seine Begriffsbestimmung der Rechtsprechung: "Ausspruch dessen, was im konkreten Falle Rechtens ist" bietet aber eben - wie oben (S. 26 ff.) dargelegt - keine Abgrenzung zur Verwaltung. Die Ansicht dürfte auch nicht vereinbar sein mit seiner späteren Äußerung (in Wesen richterl. Streitentscheidung, S. 37), nach der die Rechtsprechung als Wertung nach der Gerechtigkeitsidee im Gegensatz gestellt sei zum Suchen des zweckmäßigsten Ergebnisses. Siehe auch dort die weiteren Ausführungen (S. 36 ff.).

3) Siehe z.B. Th. MAUNZ, Deut. Staatsrecht, § 22 I 2, S. 175 (für den Musterfall der Interessenstreitigkeit, die Vertragshilfe); BAUMBACH-LAUTERBACH, Einl. III 1 A, S. 8 und Anhang hinter § 21 GVG, S. 1668; vgl. schon H. TRIEPEL, Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern, Festgabe für W. KAHL, S. 20 (z.B. für die Vermittlung und Entscheidung des Vormundschaftsgerichts über die religiöse Erziehung des Kindes nach § 2 Abs. III des Ges. vom 15.7.1921) und vor allem R. THOMA, HdbDStR Bd. II, S. 129/130 Anm. 49.

In den wenigen Fällen, in denen in Angelegenheiten der f.G. das Gericht in erster Instanz einen Rechtsstreit entscheidet und mithin Rechtsprechung ausübt, gehören notwendigerweise auch die Akte der höheren Gerichte diesem Bereich an. Während diese Feststellung keinen Zweifel erleidet, herrscht dagegen keine Einmütigkeit über die funktionelle Zuordnung derjenigen zahlenmäßig weit überwiegenden Beschwerdeentscheidungen, in denen die Verrichtungen des judex a quo zur Verwaltung im materiellen Sinne rechnen. In der Annahme, daß die Tätigkeit der Rechtsmittelgerichte schlechterdings nicht Verwaltung sein könne [1], wird verschiedentlich die Ansicht vertreten, daß deren Beschlüsse auch in den ursprünglich verwaltenden Angelegenheiten stets echte Richtersprüche seien, und zwar entsprächen sie den Entscheidungen im Verwaltungsstreitverfahren [2]. Diese Parallele ist jedoch nur dann berechtigt, wenn vor den Beschwerdekammern und -senaten wie vor den Verwaltungsgerichten Auseinandersetzungen um subjektive Rechte und Pflichten geführt werden. Aber wie die Berufung im Verwaltungsstreitverfahren keinen Konflikt zwischen den Parteien und der Vorinstanz über deren Entscheidung bewirkt [3], so wenig ist dies bei der Beschwerde innerhalb der f.G. der Fall. Hat z.B. ein Antragsteller den Bescheid des Registerrichters angefochten, so führt das Rechtsmittel nicht einen Rechtsstreit zwischen beiden vor einer neutralen Stelle herbei [4]. Erste und nachfolgende Instanz gehören derselben Behördenorganisation an und sind daher identisch [5]. Auch bestehen zwischen dem erstentscheidenden Richter und den Beteiligten keine wechselseitigen inate-

---

Fortsetzung der Fußnote 3 von Seite 105:
Unter diesem Aspekt ist es z.B. folgerichtig, wenn das Richterprivileg des § 839 Abs. II BGB der f.G. vorenthalten wird. Der Richter wird nicht rechtsprechend, sondern verwaltend tätig und kann daher nicht anderen Amtshaftungsregeln unterworfen sein als eine Verwaltungsbehörde. Dies gilt für die klassische wie für die neuere f.G. . Vgl. für Vertragshilferichter BGH NJW 1957, S. 1277; siehe auch F. BAUR, Lehrb., § 5 III 4, S. 73.

1) So anscheinend F. GRÄBER, DRiZ 1955, S. 8.

2) Vgl. Hw. MÜLLER, DRiZ 1955, S. 11; F. BAUR, DNotZ 1955, S. 519; ähnlich - allerdings differenzierend - K.A. BETTERMANN, Festschrift für F. LENT, S. 37/38; siehe auch F. GRÄBER a.a.O. .

3) Vgl. z.B. Hans J. WOLFF, § 19 I c 3, S. 68; E.R. HUBER, Bd. II, S. 599; siehe auch L. ROSENBERG, § 132 II 1, S. 654 zur Wirkung der Berufung im Zivilprozeß.

4) E.R. HUBER a.a.O. .

5) Zur "Identität" von Behörden siehe LOPPUCH, NJW 1953, S. 1128 f. .

riellen Rechte und Pflichten, sie haben vielmehr nur in gegenseitigen prozessualen Beziehungen gestanden. Die Beschwerde bewirkt allein die Neuauflage des früheren Verfahrens vor einem übergeordneten Gericht und berührt daher nicht den rechtlichen Charakter der Angelegenheit. Stellt diese wie in den meisten Sachen der f.G. materiell Verwaltung dar, so verändert sie sich mithin auch nicht durch eine Verlagerung in die nächsthöhere Instanz [1].

8. ABSCHNITT: Zusammenfassung

Fritz BAUR [2] hat unter besonderem Augenmerk auf das Neuland der f.G. von einem "Funktionswandel im Bereich der Rechtspflege" gesprochen. Wie aber die vorstehende Betrachtung gezeigt hat, fallen diese der f.G. erst später zugewiesenen Angelegenheiten mit wenigen Ausnahmen in den Bereich der zweiten Gewalt, auch BAUR verkennt nicht, daß es sich hier in Wahrheit um "soziale Verwaltung mit Hilfe und in den Formen der Rechtspflege" [3] handelt. Daher trifft jene Bemerkung nur insoweit zu, als sie darauf hinweist, daß die neueren Aufgaben ebenso wie die klassischen Angelegenheiten der f.G. nicht "dem unserem Rechtssystem zugrunde liegenden Bild vom Richter und vom Richten" entsprechen [4], vielmehr im Widerspruch zur Gewaltentrennung Gerichten überwiesen sind [5]. Sieht man von verschiedenen Grenzüberschneidungen ab, so ist die f.G. ihrem Wesen nach Verwaltungstätigkeit [6].

---

1) Vgl. E.R. HUBER, Bd. II, S. 599; Hans J. WOLFF, § 19 I c 3, S. 68.

2) Sozialer Ausgleich durch Richterspruch, JZ 1957, S. 193 ff. (197); ihm folgend W.J. HABSCHEID, Die Zivilrechtspflege im Spannungsfeld verfassungsrechtlicher Grundsätze, JR 1958, S. 367.

3) a.a.O. S. 195.

4) So H. WESTERMANN (Wesen richterl. Streitentscheidung, S. 39) für die Entscheidungen auf Grund der HausratsVO, nach § 43 Abs. II S. 2 WEG etc. .

5) Im übrigen wurde schon oben (S. 61 f.) darauf hingewiesen, daß die Auffassung über einen materiellen Wandel der Rechtsprechung unzutreffend ist und letztlich eine gegenständliche Sonderung der beiden Funktionen unmöglich macht.

6) In der heutigen Lehre werden die Angelegenheiten der f.G. ohne Einschränkung, d.h. also ihre klassischen wie neueren Aufgabengebiete, als Verwaltung anerkannt von Hans PETERS, Verw.-recht, S. 236; ders., Gewaltentrennung, S. 18; R. NEBINGER, Verw.-recht, S. 25; E. FRIESENHAHN, Festschrift für R. THOMA, S. 43 Anm. 1; P. van HUSEN, R-St-W Bd. II, S. 294; H. HOLTKOTTEN, Bonn. Komment., Art. 92 Anm. II 1 d; W. SAUER, Allg. Prozeßrechtslehre, § 4 II 2, S. 41; E. ARNOLD, Rpfleger 1952, Sp. 306; K. KLEINRAHM, Rpfleger 1952, Sp. 5; O. BACHOF, ZZP 65, S. 3 (später einschränkend in

---

Fortsetzung der Fußnote 6 von Seite 107:
VVDStRL 14, S. 179); E. von TUREGG, NJW 1953, S. 1201; Ch.-F. MENGER, DÖV 1955, S. 589; A. NIKISCH, Zivilprozeßrecht, § 11 S. 46; L. ROSENBERG, Zivilprozeßrecht, § 10 II, S. 33; H.C. NIPPERDEY in HUECK-NIPPERDEY, Arbeitsrecht, § 41 II; BAUMBACH-LAUTERBACH, Anh. hinter § 21 GVG, S. 1668; vgl. schließlich noch LVG Rheinl.-Pfalz NJW 1953, S. 318.
In Anbetracht einzelner Ausnahmen, die rechtsprechende Tätigkeit darstellen, ist der genaueren Formulierung von Hans J. WOLFF (Verw.-recht, § 19 I b 4, S. 67) und EYERMANN-FRÖHLER (VwGO, § 42 Bem. 39, S. 179) zuzustimmen, die die meisten Angelegenheiten der f.G. als Verwaltung bezeichnen; ähnlich K. MÜNZEL, ZZP 66, S. 334 ff. . Nach U. KAPUST (DRiZ 1955, S. 36) und W. WERTENBRUCH (DÖV 1960, S. 677) ist f.G. "in der Regel" Verwaltung.
Nicht zutreffend E. KNOLL (DÖV 1954, S. 267) und A. KÖHLER (VwGO § 1 IV, S. 88), die lediglich einen "Teil der f.G." als Verwaltung betrachten. Aus dem gleichen Grunde sind abzulehnen OVG Mst MDR 1951, S. 313 (f.G. - teils Verwaltung, teils Verwaltungsgerichtsbarkeit -) und K.A. BETTERMANN (Festschrift für F. LENT, S. 24: f.G. - teils Rechtsprechung, teils Verwaltung; teils streitige, teils nicht streitige Gerichtsbarkeit; teils Zivil-, teils Verwaltungsgerichtsbarkeit.).

Vgl. schließlich noch die sehr vorsichtige Formulierung des BVerwG NJW 1959, S. 1508: "Es sei insofern nur bemerkt, daß der Senat der Auffassung zuneigt, daß sich im Bereich der f.G. nicht wenige Bereiche finden, die der Sache nach Verwaltung und nicht Rechtsprechung sind".

3. TEIL

DER BEGRIFF DER RECHTSPRECHUNG IM ABSCHNITT IX DES GRUNDGESETZES UND DIE FREIWILLIGE GERICHTSBARKEIT

1. ABSCHNITT: Die Rechtsprechung nach Art. 92 ff. GG als historischer Begriff

Die vorstehenden grundsätzlichen Betrachtungen über das Wesen der f.G. bedürfen im folgenden noch einer Ergänzung aus der Perspektive des grundgesetzlichen Begriffs der Rechtsprechung. Unter Berufung auf die geschichtliche Entwicklung der unterschiedlichen Gerichtsbarkeit wird verschiedentlich die Ansicht vertreten, daß der Begriff der rechtsprechenden Gewalt in Art. 92 GG "über seinen materiellen Kernbereich hinaus" historisch zu interpretieren sei [1] und damit auch die f.G. umfasse [2]. In der Tat wird ja der überwiegende Teil ihrer Materien seit Jahrzehnten von Gerichten wahrgenommen, so hat auch Ch. F. MENGER nicht unrecht, wenn er feststellt, daß die Entscheidungen, die z.B. ein Vormundschaftsrichter erläßt, "in der Rechtswirklichkeit nicht als Verwaltungsakte, sondern als Akte der Rechtsprechung" [3] aufgefaßt werden. Unter diesen Umständen erscheint daher eine nähere Untersuchung angebracht, ob der Verfassungsgesetzgeber diesem tatsächlichen Zustand Rechnung getragen und die f.G. - entgegen ihrer wahren Natur - in das Gebiet der dritten Gewalt einbezogen hat. Es ist neuerdings nicht nur im Hinblick auf die hier in Rede stehenden Angelegenheiten, sondern in allgemeiner Sicht die Meinung geäußert worden, daß das Grundgesetz unter den Gewalten geschichtlich gewordene "materiell-formelle Mischgebilde" verstehe und somit jeder der drei Funktionsträger für den "geschichtlich entstandenen 'unreinen' Bereich der Staatsgewalt" zuständig sei [4]. Es gilt allerdings klar zu erkennen, daß diese Auslegungsversuche nicht einen Rechtsprechungsbegriff im gegenständlichen Sinne ermitteln, wie wohl O. BACHOF in seinem Dis-

---

1) W.J. HABSCHEID, JR 1958, S. 362.

2) W. J. HABSCHEID, Rpfleger 1957, S. 166; ders., JR 1958, S. 362; vorausgehend F. BAUR (Begriff der Rspr. und die f.G., DNotZ 1955, S. 520), der - allerdings einschränkend - das Grundbuch- Register- und Nachlaßwesen aus dem Begriff der Rechtsprechung ausklammert. Von "Rechtsprechung im historischen Sinne" sprechen - in anderem Zusammenhang - auch D. HAAS und G. REDDING, JZ 1953, S. 545.

3) Verw. Arch. 49, S. 178.

4) H. JAHRREISS, Festschrift für H. LEHMANN, Bd. I, S. 65; ders., Die Wesensverschiedenheit der Akte des Herrschens und das Problem der Gewaltenteilung in Mensch und Staat, S. 194/195; zustimmend O. BACHOF, AöR 82, S. 37.

kussionsbeitrag auf der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer [1] noch annahm, sie führen vielmehr im Ergebnis dazu, daß der Aufgabenkreis, der im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Grundgesetzes den Gerichten anvertraut war, als verfassungsrechtlich gewährleistet angesehen wird. Trafe diese Ansicht zu, so wäre der Begriff der "rechtsprechenden Gewalt" in Art. 92 GG der Gerichtsbarkeit gleichzusetzen und damit formell zu interpretieren [2].

2. ABSCHNITT: Die "rechtsprechende Gewalt" als materieller Begriff

Ausdrücklich hat das Grundgesetz die Frage, welche Bedeutung es dem bezeichneten Ausdruck beilegt, nicht beantwortet, so ist sein Sinngehalt durch Auslegung klarzustellen. Aber schon eine nähere Betrachtung des Wortlautes des Art. 92 GG nach systematischen Gesichtspunkten führt zu einer rein materiellen Inhaltsbestimmung. Den formellen und damit auch den geschichtlichen Begriffsbestimmungen liegt ein Schluß vom Organ auf die Funktion zugrunde; er ergibt, daß Rechtsprechung die Aufgaben sind, die die Richter erfüllen [3]. Übertragt man diesen Gedanken auf den ersten Halbsatz des Art. 92 GG, so bestünde er in der inhaltsleeren Tautologie, daß diejenigen Aufgaben, die die Richter - seit alters her - erfüllen, den Richtern anvertraut sind. Der Rang und die Bedeutung einer Verfassungsnorm schließen aber von vorneherein eine derartige Auslegung aus [4].

Eine andere Auffassung steht zudem, worauf C.H. ULE [5] zu Recht hinweist, im Widerspruch mit dem Grundsatz der Gewaltentrennung, zu dem sich das Grundgesetz bekennt. Das Prinzip ist darauf gerichtet, die drei großen Staatsfunktionen Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung nach inhaltlichen Kriterien zu scheiden und auf jeweils voneinander getrennte Organgruppen zu übertragen; es ist durch Art. 79 Abs. III GG sogar jeder Änderung - selbst durch den Verfassungsgesetzgeber - entzogen [6]. Zwar ist das System der Gewaltentrennung organisa-

---

1) VVDStRL 14, S. 178/179.

2) Vgl. dazu K. KLEINRAHM, Rpfleger 1952, Sp. 5; W. NIESE, ZZP 73, S. 23.

3) Bei der geschichtlichen Begriffsbildung besagt die Folgerung in genauerer Formulierung: Rechtsprechung sind die Aufgaben, die die Richter seit alters her erfüllen.

4) Siehe O. BACHOF, Justiz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, ZZP 65, S. 3; H. RUMPF, VVDStRL 14, S. 148/149; C.H. ULE, JZ 1958, S. 628; B. BENDER in seiner kürzlich erschienenen Monographie, S. 14.

5) a.a.O. .

6) WERNICKE, Bonn. Komment., Art. 20 Anm. II 2 g; Th. MAUNZ, Deut. Staatsrecht, S. 57; von MANGOLDT-KLEIN, Art. 20 Anm. VIII mit weit. Nachw.; MAUNZ-DÜRIG, Art. 79 Bem. 48; a.A. H.K.J. RIDDER, Parlament. Demokratie und autoritärer Staat, Diskus 1956, S. 125 (Beilage).

torisch nicht in voller Reinheit verwirklicht, vielmehr bestehen in Randgebieten aus Gründen politischer Zweckmäßigkeit oder wegen eines engen sachlichen Zusammenhangs Überschneidungen. Art. 92 GG hat jedoch die rechtsprechende Gewalt ausschließlich einem Gewaltenträger vorbehalten, d.h. sie der alleinigen Zuständigkeit des Richters zugewiesen [1]. Unterlegt man der Verfassung eine Unterscheidung der Staatstätigkeiten nach formlichen Gesichtspunkten, wäre also z.B. Rechtsprechung alles das, was den Richtern durch Gesetz zugewiesen ist, so stünde die Ausgestaltung der Funktionstrennung im völligen Belieben des einfachen Gesetzgebers. Die dargelegte grundgesetzliche Konzeption, dem Bürger weitestgehende rechtsstaatliche Sicherungen zu gewährleisten, gebietet daher ebenfalls eine materielle Abgrenzung der Kompetenzbereiche.

Dieses Ergebnis wird schließlich noch bestätigt durch die Entstehungsgeschichte des IX. Abschnittes des Grundgesetzes. In bewußter Abkehr von den Bestimmungen der Weimarer Reichsverfassung ist bei den Beratungen zum Entwurf des Grundgesetzes die Formulierung des Art. 92 GG geprägt worden [2]. Die Verfassung von 1919 erfaßte die dritte Gewalt insoweit, als sie in Art. 103 eine verfassungsrechtliche Garantie für die Ausübung der ordentlichen Gerichtsbarkeit gab. Dieser Ausdruck ist jedoch formeller Natur [3], denn Einrichtung und Verfahren der ordentlichen Gerichte sind durch die Justizgesetze, also insbesondere durch das Gerichtsverfassungsgesetz und die verschiedenen Prozeßordnungen, geregelt [4]. Die Vorschrift hatte also eine verfassungsmäßige Bürgschaft für einen bestimmten Inhalt und Umfang dieses Aufgabenbereiches nicht gegeben [5]. Demgegenüber war der Wille der Grundgesetzgeber darauf ausgerichtet, den gesamten Sachbereich der rechtsprechenden Gewalt in die Verfassungsrechtssphäre zu erhe-

---

1) Diese Prärogative der Gerichte bedeutet jedoch nicht umgekehrt, daß ihre Kompetenz ausschließlich auf den Bereich der ihnen übertragenen Funktion beschränkt ist. Der Gesetzgeber kann den Richtern vielmehr ohne Verfassungsverstoß auch z.B. Aufgaben der Verwaltung übertragen und sie sogar bei der Wahrnehmung dieser Obliegenheiten mit Unabhängigkeit ausstatten. Siehe dazu z.B. H. HOLTKOTTEN, Bonn. Komment., Art. 92 Anm. II 1 d; Gutachten des Bundesgerichtshofes BGHZ 11, Anhang S. 50/51; K.A. BETTERMANN, DÖV 1959, S. 762.

2) O. MÖLLINGER, AöR 80, S. 280. - Inwieweit dadurch der Umfang des richterlichen Aufgabenbereichs im einzelnen berührt worden ist, kann ohne nähere Untersuchungen nicht entschieden werden.

3) Siehe dazu auch oben S. 6.

4) G. ANSCHÜTZ, Vorbem. zum 7. Abschnitt der WRV, S. 277 f.; RGZ (Plenarentscheidung vom 22.2.1924) 107, S. 323.

5) C. DERNEDDE, ZJBl. BZ 1949, S. 102; H. HOLTKOTTEN, Bonn. Komment., Art. 92 II 1 b.

bei, und sie so als gesonderte und selbständige Gewalt gegenüber der gesetzgebenden und vollziehenden Tätigkeit abzugrenzen [1]. Aus diesem Grunde faßte man alle mit ihr in einem sachlichen Zusammenhang stehenden Vorschriften in einem Abschnitt zusammen und änderte dessen ursprünglich vorgesehlagene Überschrift "Die Rechtspflege" in "Die Rechtsprechung" um [2]. Als oberstes Leitprinzip ist der erste Halbsatz des Art. 92 GG vorangestellt worden, um damit verfassungsrechtlich zu fixieren, daß die Richter die alleinigen Träger der rechtsprechenden Gewalt als einer besonders gearteten Staatsfunktion sind [3]. Die Bestrebungen bei den Vorarbeiten zum Grundgesetz zielten mithin auf eine "richtige" und strenge Funktionentrennung, und man war sich bewußt, wie einer der an der Ausgestaltung dieses Abschnitts maßgeblich beteiligten Abgeordneten ausgeführt hat, daß diese Regelung "in der deutschen Verfassungsentwicklung in mancher Hinsicht neuartig ist" [4].

Alle diese Momente zeigen, daß nicht eine geschichtliche oder formelle Sicht, sondern allein ein rein materielles Verständnis dem Begriff der rechtsprechenden Gewalt in Art. 92 GG gerecht wird [5]. Die verschiedenen Versuche, diese Ver-

---

1) Vgl. die Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes in Jahrb. off. R. 1 (n.F.), S. 664.

2) W. STRAUß, Die rechtsprechende Gewalt im Bonner Grundgesetz, SJZ 1949, Sp. 524; Entstehungsgeschichte in Jahrb. off. R. 1 (n.F.), S. 664 ff.; K. KLEINRAHM, Rpfleger 1952, Sp. 4 f.; H. von MANGOLDT, Art. 92, Vorbem. 3 a.

3) W. STRAUß, SJZ 1949, Sp. 525; vgl. weiter die Ausführungen von H. HOLTKOTTEN, Bonn. Komment., Art. 92 Anm. 1 über die Entstehungsgeschichte dieses Satzes.

4) W. STRAUß, a.a.O., Sp. 523; vgl. auch H. von MANGOLDT, Art. 92, Vorbem. 3 b.

5) H.M., z.B.: E. FRIESENHAHN, Festschrift für R. THOMA, S. 21/22; K. KLEINRAHM, Rpfleger 1952, Sp. 5; O. BACHOFF, Justiz und Verw.-gerichtsbarkeit, ZZP 65, S. 3; H. von MANGOLDT, Art. 92 Vorbem. 3 a; O. MÖLLINGER, AöR 80, S. 287; H. RUMPF, VVDStRL 14, S. 149; Hans J. WOLFF, Verw.-recht, § 19 II c, S. 69; G. MATTERN, ZStrW 67, S. 402 ("Einen 'historischen' Begriff der Rechtsprechung ... gibt es nicht, ..."); W. NIESE, ZStrW 70, S. 352; ders., ZZP 73, S. 14, 15; K.A. BETTERMANN, Gericht oder Verw.-behörde, Rechtsprechung oder Verw.? DÖV 1959, S. 763; BGH MDR 1959, S. 938 (dem zustimmend Ch.-F. MENGER, Verw.-Arch. 51, S. 67); gegen eine "rein formale Bestimmung des Begriffes 'rechtsprechende Gewalt'" auch B. BENDER in seiner nach Fertigstellung der vorliegenden Untersuchung veröffentlichten Monographie, S. 15 (gegen die von ihm vorgenommene inhaltliche Umgrenzung der Rechtsprechung siehe allerdings oben S. 35 ff.), vgl. auch das nach Inkrafttreten des Grundgesetzes veröffentlichte Schrifttum

fassungsauslegung mit dem Hinweis auf ihre - von einzelnen Autoren als unbefriedigend empfundenen - Folgen zu umgehen, sind daher unzulässig. Auch unter dem Blickpunkt der grundgesetzlichen Normen gehört damit der größte Teil der f.G. unabhängig von der geschichtlichen Überlieferung, nach der die Mehrzahl ihrer Angelegenheiten von Gerichten besorgt wird, der verwaltenden Staatsfunktion an.

Fortsetzung der Fußnote 5 von Seite 112:
(s. oben S. 41 Anm. 4), das den Begriff der rechtsprechenden Gewalt in Art. 92 GG als "Rechtsstreitentscheidung" versteht und damit der Bestimmung ebenfalls einen rein materiellen Sinngehalt beilegt.
Über die abweichende Auffassung, die die Möglichkeit einer materiellen Abgrenzung der Rspr. von der Verw. überhaupt verneint, s. oben S. 7 Anm. 6; nach Erlaß des GG wird sie namentlich vertreten von U. SCHEUNER, VVDStRL 14, S. 186; E. GOSSRAU, NJW 1958, S. 930.

4. TEIL

DIE STELLUNG DES RICHTERS INNERHALB DER FREIWILLIGEN GERICHTSBARKEIT

1. ABSCHNITT: Die grundgesetzliche Garantie der richterlichen Unabhängigkeit und die f.G.

Der Wandel in der Ausgestaltung der dritten Gewalt, der sich gegenüber den früheren Verfassungen im Grundgesetz vollzogen hat, hat die Stellung des Richters innerhalb der f.G. nicht unberührt gelassen. Die Weimarer Reichsverfassung behandelte in Art. 103 die Ausübung der ordentlichen Gerichtsbarkeit und umfaßte damit alle den Gerichten zugewiesenen Aufgaben; dementsprechend erstreckte sich von Verfassungs wegen der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit, der in Art. 102 WRV verankert war, auch auf die Geschäfte der f.G. trotz ihrer materiell verwaltenden Natur [1]. - Die Reichweite der grundgesetzlichen Unabhängigkeitsgarantie ergibt sich aus Art. 97 Abs. I i.V. mit Art. 92 GG. Nach der erstgenannten Bestimmung sind die Richter unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen. Der Begriff des Richters ist in der Verfassung nicht erläutert, man wird herkömmlicherweise unter ihm sowohl die ehrenamtlich als auch die hauptamtlich tätigen zu verstehen haben; letztere sind solche Personen, die nach Absolvierung einer vorgeschriebenen Ausbildung - "unter Berufung in das Richteramt" zum Richter ernannt sind [2]. Damit ist jedoch noch nicht der Bereich abgegrenzt, in dem die Richter unter dem Schutze der Unabhängigkeit stehen, denn dieser umfaßt nicht deren gesamte Tätigkeit; so besteht z.B. kein Zweifel, daß die Erledigung von Justizverwaltungsaufgaben [4] an Weisungen gebunden ist. Der Um-

---

1) G. ANSCHÜTZ, WRV, Art. 102 Anm. 7; A. von STAFF, Richter, Die Grundrechte u. Grundpflichten der RV, Bd. I, S. 58; P. GÜLLAND, Dienstaufsicht über Richter u. die Unabhängigkeit der Gerichte, Bem. 185; vgl. auch H. BUCHHOLZ, Rpfleger 1952, Sp. 518; K. KLEINRAHM, Rpfleger 1952, Sp. 5.

2) Ausnahmen bestehen in den ersten Instanzen der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit.

3) Vgl. auch E. KERN, Zum Begriff des Richters und des Gerichts, DRiZ 1952, S. 125-128; ders., Gerichtsverfassungsrecht, S. 74.

4) Das Schrifttum hat sich nur selten und am Rande einer Bestimmung des Begriffs der Justizverwaltung gewidmet, meist hat es sich mit der Nennung von Beispielen begnügt. Vgl. die Aufzählungen bei E. KERN, Gerichtsverfassungsrecht, S. 8 f. (besonders umfangreich) und bei Hans J. WOLFF, Verw.-recht, § 19 IV c 1, S. 72, der noch zwischen Justiz- und Rechtsprechungsverwaltung unterscheidet.

fang der Unabhängigkeitsgarantie ist vielmehr dem oben (S. 109 ff.) erläuterten Art. 92 Halbs. 1 GG zu entnehmen; sie steht dem Richter zu, wenn und soweit er als rechtsprechendes Organ handelt [1]. Da im Bereich der f. G. nur in Grenzfällen rechtsprechende Tätigkeit ausgeübt wird, ist dem in diesem Zweig beschäftigten Richter durch Art. 92 GG - abgesehen von den erwähnten einzelnen Ausnahmen - keine Unabhängigkeit gewährt [2]. Die Richtigkeit dieser Auslegung ist gelegentlich mit der Frage in Zweifel gezogen worden, ob das Ergebnis etwa den Vorstellungen des Verfassungsgebers entspräche [3]. Es ist jedoch verfehlt und verstößt gegen das Normengefüge der Verfassung, die gesetzlich gebotene Auslegung, die zwingend aus dem dargelegten Zusammenhang der Verfassungsbestimmungen zu folgern ist, auf einem Wege, der im Gesetz keinerlei Anhaltspunkte findet, zu umgehen [4]. In der Tat ist die Sonderstellung des Richters letztlich auch nur unter der Voraussetzung gerechtfertigt, daß er im Wege erkennender Subsumtion, der Rechtsbewahrung zur Entscheidung eines Rechtsstreits tätig wird [5].

Fortsetzung der Fußnote 4 von Seite 114:
Definitionsversuche werden z.B. unternommen von L. ROSENBERG, § 10 I 1, S. 31; H.K.J. RIDDER, Gutachten f.d. 40. Deut. Juristentag, S. 99; K. SCHÄFER in LÖWE-ROSENBERG, § 4 EGGVG Anm. 3 a. Die Begriffsbestimmung von RIDDER dürfte eine brauchbare Richtschnur darstellen, er begreift unter Justizverwaltung "die notwendigen Hilfs- und Sekundärgeschäfte, die der primäre Gerichts-(Rechtsprechungs-)betrieb erfordert".

1) Nicht zutreffend O. KOELLREUTTER, Rpfleger [illegible], S. 475; nun folgend Jürgen ARNDT, Komment. z. Rpflegergesetz, § 3 Bem. 9, S. 67; H. SCHORN, Rpfleger 1957, S. 267/268; sie wollen die grundgesetzliche Garantie der Unabhängigkeit über "die Rspr." hinaus auch auf die "Rechtspflege" ausdehnen, übersehen jedoch, daß sich die Bundesverfassung gewölbtermaßen auf die Rspr im materiellen Sinne beschränkt. Siehe z.B. auch K. SCHÄFER in LÖWE-ROSENBERG, Bd. II Vorbem. z. GVG, S. 17.

2) Diese Folgerung wird ausdrücklich gezogen z.B. von H. BUCHHOLZ, Rpfleger 1952, Sp. 518/519; K.A. BETTERMANN, Festschrift für F. LENT, S. 39 (letzterer jedoch mit nicht zutreffender Begründung davon wieder abweichend in Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter, Die Grundrechte, S. 541/542).

3) So O. KOELLREUTTER a.a.O. (gegen diesen vgl. wiederum H. BUCHHOLZ a.a.O.) und insbesondere K.A. BETTERMANN, Die Grundrechte, S. 541.

4) Dies insbesondere gegen die neuere Auffassung von K.A. BETTERMANN in Die Grundrechte a.a.O. .

5) Siehe oben S. 61 Anm. 1.

Diese Darlegungen über die verfassungsrechtliche Position des Richters der f.G. erfahren jedoch noch eine Modifizierung durch Art. 104 Abs. II S. 1 GG. Diese Bestimmung weist die Entscheidung über die Freiheitsentziehung, gleichgültig in welchem Funktionsbereich sie der Sache nach verankert ist, dem Richter zu. Klammert man die Verhängung von Freiheitsstrafen, die echte Rechtsprechungsangelegenheiten sind und stets der dritten Gewalt obgelegen haben, aus, so stellen die von Art. 104 GG erfaßten Fälle Akte materieller Verwaltung dar [1]; sie haben sicherheitspolizeiliche oder fürsorgerische Natur. Indem die Norm diese Maßnahmen der Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden entzieht und ausdrücklich in die Hand des Richters legt, bringt sie zum Ausdruck, daß die Entscheidungen in völliger Weisungsfreiheit gefällt werden sollen [2]. Art. 104 Abs. II S. 1 GG bedeutet mithin, daß im Rahmen seines Anwendungsbereiches die persönliche und sachliche Unabhängigkeit des Richters von Verfassungs wegen auf Aufgaben ausgedehnt wird, in denen er materiell Verwaltung ausübt. Wie groß der Wirkungskreis der angeführten Vorschrift ist, läßt sich allerdings aus ihrem Wortlaut nicht zweifelsfrei entnehmen; sie läßt vielmehr die Frage offen, ob sie auch Freiheitsentziehungen aus rein privatrechtlich begründeten Gewaltverhältnissen berührt. Aus dem Zusammenhang des Art. 104 GG, insbesondere aus der engen Verflechtung der Norm mit den übrigen Bestimmungen des Abs. I, II und III, die nur die obrigkeitliche Freiheitsentziehung behandeln, geht jedoch hervor, daß sich die Vorschrift allein gegen die öffentliche Gewalt richtet [3]. Dies wird schließlich durch die Absicht des Grundgesetzgebers bestätigt, die auf Grund der Erfahrungen aus der Zeit der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft darauf gerichtet ist, die Freiheit der Person vor hoheitlichen willkürlichen Festnahmen zu schützen [4].

Damit ist auch der Richter der f.G., soweit er über hoheitlich fundierte Eingriffe in die Freiheit der Person zu befinden hat, durch Art. 104 Abs. II S. 1 GG erfaßt und von Weisungen freigestellt. Zu diesen Aufgaben rechnen insbesondere die Anordnung der Fürsorgeerziehung nach §§ 1666 Abs. I, 1838 BGB, 62 ff. JWG und die Freiheitsentziehungen nach dem Gesetz über das gerichtliche Verfahren

---

1) Vgl. G. DÜRIG in MAUNZ-DÜRIG, Art. 104 Bem. 25 und die weitere oben (S. 77 Anm. 3) angeführte Literatur.

2) G. DÜRIG in MAUNZ-DÜRIG, Art. 104 Bem. 23.

3) K.A. BETTERMANN, Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, Die Grundrechte, S. 882; G. DÜRIG in MAUNZ-DÜRIG, Art. 104 Bem. 2; Th. MAUNZ, Deut. Staatsrecht, § 22 IV 6, S. 181; BGHZ 17, S. 113; im Ergebnis wohl auch BVerfG NJW 1960, S. 811 ff. .

4) G. DÜRIG a.a.O., BGHZ a.a.O. Siehe auch die Ausführungen der genannten BGH-Entscheidung über die Entstehungsgeschichte des Artikels, die ebenfalls diese Auslegung nahelegt.

bei Freiheitsentziehungen vom 29. 6. 1956 [1]. Von der Regelung wird endlich noch die vormundschaftsgerichtliche Entscheidung erfaßt, die über eine vom Vormund betriebene Unterbringung eines volljährigen Mündels in eine geschlossene Anstalt befindet [2]. Das Amt des Vormunds über einen Volljährigen [3] ist ein Teil der öffentlichen Fürsorge. Plant jener eine freiheitsentziehende Maßnahme gegen seinen Mündel, so nimmt er mithin unabhängig davon, daß er als Privatperson eingeschaltet ist, eine öffentliche Aufgabe war [4].

Das Grundgesetz verbürgt damit dem Richter der f. G. sachliche und persönliche Unabhängigkeit nur in wenigen Gebieten seiner Tätigkeit. Die grundlegende Bestimmung des Art. 97 GG gewährleistet ihm nur in den vereinzelten materiell rechtsprechenden Obliegenheiten [5] Selbständigkeit; Art. 104 Abs. II S. 1 GG erweitert diesen Bereich lediglich um einige nach ihrer Wirkung für die Betroffe-

---

1) Siehe K. A. BETTERMANN, Die Grundrechte, S. 887; G. DÜRIG in MAUNZ-DÜRIG, Art. 104 Bem. 24. - Hinzutreten noch Freiheitsentziehungen nach landesrechtlichen Vorschriften, für die ebenfalls der Richter der f. G. zuständig ist; vgl. den Überblick bei K. A. BETTERMANN a. a. O. S. 888.

2) Siehe BVerfG NJW 1960, S. 811 ff.. Die Entscheidung setzte sich in Gegensatz zu der bis dahin herrschenden Ansicht (vgl. K. A. BETTERMANN, Die Grundrechte, S. 882; BGHZ 17, S. 164; G. DÜRIG in MAUNZ-DÜRIG, Art. 104 Bem. 3), nach der die Einweisung eines Mündels durch den Vormund in eine geschlossene Anstalt von Art. 104 Abs. II S. 1 GG nicht berührt werde.

3) Entsprechendes wird für die Unterbringung eines Minderjährigen durch den Vormund oder Pfleger zu gelten haben; so W. FRANKE, NJW 1960, S. 1370; W. BÖNING, NJW 1960, S. 1378; G. ERDSIEK, NJW 1960, S. 1386; OLG Hamm, NJW 1960, S. 2239.

4) BVerfG NJW 1960, S. 812. - Soll dagegen ein Kind von seinen Eltern in einer Anstalt untergebracht werden, so handelt es sich um eine privatrechtlich begründete Freiheitsentziehung, die Art. 104 Abs. II S. 1 GG nicht betrifft. Die Einweisung des Kindes wird von dem Willen der Eltern getragen, deren Gewalt auf ihrer natürlichen Beziehung zu dem Kind beruht und kraft Gesetzes - nicht wie beim Vormund kraft staatlichen Hoheitsakts - entsteht. Vgl. dazu K. A. BETTERMANN, Die Grundrechte, S. 882; G. DÜRIG in MAUNZ-DÜRIG, Art. 104 Bem. 3. Zu diesem Ergebnis neigt anscheinend auch BVerfG NJW 1960, S. 813.
Leistet also das Vormundschaftsgericht bei dieser Maßnahme auf Anrufung hin Unterstützung, so ist es lediglich als ein "ausführendes Organ" der elterlichen Gewalt zu betrachten.

5) Über diese siehe oben S. 102 f. und auch S. 94 f. .

nen allerdings schwerwiegende Aufgaben, in denen der Richter über freiheitsentziehende Eingriffe der Staatsgewalt entscheidet.

2. ABSCHNITT: Die Bedeutung des "Postulats der Rechtsstaatlichkeit"

Jüngst hat Werner NIESE in seiner Abhandlung "Beurkundung als Rechtspflegeakt" die These entwickelt, daß nicht allein der materielle Begriff der Rechtsprechung über die Kompetenzverteilung entscheide, sondern daneben "dem Postulat der Rechtsstaatlichkeit" eine zusätzliche Bedeutung zukomme [1]. Es liege "der grundgesetzlichen Konzeption des Rechtsstaats als allgemeines Rechtsprinzip" [2] zu Grunde und verlange, daß diejenigen Angelegenheiten der f. G., die nicht Rechtsprechung sind, durch unabhängige Richter wahrgenommen werden. Allein auch dieser Gedanke führt nicht zur umfassenden grundgesetzlichen Sicherung der richterlichen Unabhängigkeit innerhalb der f. G. . Zwar hat der Ausdruck "Rechtsstaat" keine einheitliche Deutung erfahren [3], doch unter welchem Gesichtspunkt er auch betrachtet wird, stets ist das Prinzip der Gewaltentrennung ein wesentliches Begriffselement. Die Idee des Rechtsstaates ist untrennbar verknüpft mit einer inhaltlichen Unterscheidung der Staatstätigkeit und deren Verteilung auf voneinander geschiedene selbständige Organe [4]. Bestimmt man demnach an Hand materieller Begriffe der Rechtsprechung und Verwaltung das rechtliche Wesen der f. G. und ihre Einordnung unter die Staatsfunktionen, so trägt eine solche Systematisierung doch gerade zur Verwirklichung rechtsstaatlicher Postulate bei. Die weiteren Folgerungen, die sich aus dieser Untersuchung zwangsläufig ergeben, können damit auch nicht unter Berufung auf eben den gleichen Gedanken umgangen werden. Wenn W. NIESE [5] sich zur Stützung seiner Ansicht

---

1) ZZP 73, S. 17, 25.

2) a. a. O. S. 25.

3) In diesem Zusammenhang sei eine Bemerkung von Carl SCHMITT (Hüter der Verfassung, AöR 55, S. 174, 175) über den Begriff "Rechtsstaat" erwähnt: "Ganz verschiedenartige und widersprechende Einrichtungen können unter Berufung auf den Rechtsstaat verlangt werden. Es ergibt sich jedenfalls ... aus der Vieldeutigkeit des Wortes "Rechtsstaat", daß die abstrakte Berufung auf den "Rechtsstaat" besser unterbleibt und statt dessen Unterscheidungen und Begriffe einer konkreten Verfassungslehre verwendet werden".

4) Siehe oben S. 4-6. Über den Zusammenhang zwischen "rechtsstaatlichem Postulat" und materieller Funktionstrennung ausführlich H. RUMPF, VVDStRL 14, S. 149.

5) ZZP 73, S. 14 ff. .

auf die Ausführungen von Ch.-F. MENGER und E. GOSSRAU[1] beruft, die beide die Eigenart rechtsprechender Tätigkeit nicht allein aus deren Inhalt, sondern vornehmlich aus "dem Wesen des Rechtsstaates" abzuleiten suchen, so übersieht er, daß die beiden Autoren gerade eine gegenständliche Scheidung von Verwaltung und Rechtsprechung in Abrede stellen [2]. Sie suchen vielmehr aus anderen Momenten, die darüber hinaus als Wesensmerkmal des Rechtsstaates angesehen werden, ein Kriterium der Trennung zwischen den beiden Kompetenzbereichen zu gewinnen. Gelangt man jedoch wie W. NIESE zutreffenderweise zu einer materiellen Funktionstrennung, so besteht daneben kein Raum mehr zu Abwägungen auf Grund des "Gebots der Rechtsstaatlichkeit". Diese Frage nach der Rechtsstaatlichkeit ist vielmehr, wie E. GOSSRAU [3] selbst hervorhebt, "gleichbedeutend" mit dem Prinzip der Gewaltentrennung. Auch das von W. NIESE erhobene "Postulat" vermag mithin nicht die Garantien, die das Grundgesetz der rechtsprechenden Tätigkeit gewährleistet, auf die verwaltende f.G. auszudehnen.

3. ABSCHNITT: Die Gewährleistung der richterlichen Unabhängigkeit nach den Landesverfassungen und die f.G.

Eine davon abweichende Rechtslage ist nach den Landesverfassungen gegeben. Diejenigen Verfassungsgesetze, die alsbald nach dem Zusammenbruch geschaffen sind, erstreben in weitgehendem Maße eine Wiederherstellung der Verfassungsgrundsätze aus der Zeit vor 1933. Die Regelungen, die die dritte Gewalt betreffen, beruhen wie die entsprechenden Normen der Weimarer Reichsverfassung auf formellen Vorstellungen, sie gehen von den bestehenden gesetzlichen Zuweisungen aus und versehen in der Hauptsache einzelne Vorschriften des GVG mit Verfassungsrang. Aber auch die Verfassungen der britischen Zone, die erst nach Inkrafttreten des Grundgesetzes entstanden sind, sind nicht auf eine materielle Abgrenzung der rechtsprechenden von der verwaltenden Staatsfunktion gerichtet [4]. Die fraglichen Normen, die die richterliche Unabhängigkeit verbürgen, stehen in den meisten Konstitutionen unter der Abschnittsüberschrift "Die Rechtspflege", d.h. unter einem formellen Begriff [5], und erfassen damit über die eigentlichen rechtsprechenden Angelegenheiten hinaus auch die f.G.. Zwar wird nach Art. 3 Abs. III der Verf. f. Nordrh.-West. die "Rechtsprechung" durch unabhängige Richter ausgeübt, aber der Begriff ist im formellen Sinne zu verstehen,

1) Ch.-F. MENGER, System, S. 47; E. GOSSRAU, NJW 1958, S. 931.
2) Ch.-F. MENGER, a.a.O. S. 50; E. GOSSRAU a.a.O. S. 930.
3) a.a.O. S. 931.
4) Vgl. dazu O. MÖLLINGER, AöR 80, S. 278 f.; E. GOSSRAU, NJW 1958, S. 930.
5) S. oben S. 6 f.

wie es sich klar aus den Art. 72 ff. der Verf. ergibt, die den Aufgabenkreis des Richters behandeln und unter der Überschrift "Die Rechtspflege" stehen. Die Verfassungen für Rheinl.-Pfalz und Hamburg tragen ebenfalls die Kapitelüberschriften "Die Rechtsprechung", zielen aber nicht wie das Grundgesetz auf eine materielle Funktionstrennung. Sie gewähren die richterliche Unabhängigkeit "der Gerichtsbarkeit in allen ihren Zweigen" (so Hamburg) oder allgemein "der richterlichen Gewalt" (so Rheinl.-Pfalz), die ebenfalls formell verstanden wird [1]. Lassen also die Landesverfassungen keine Anhaltspunkte erkennen, die für eine inhaltliche Trennung der verwaltenden von der rechtsprechenden Funktion sprechen, gehen sie vielmehr von der bestehenden gesetzlichen Regelung der Gerichtsbarkeit aus, so erstreckt sich ihre Sicherung der richterlichen Unabhängigkeit auch auf die Angelegenheiten der f.G.. Den Richtern der Länder ist damit kraft der einzelnen Landesverfassungen die Weisungsfreiheit innerhalb der f.G. gewährleistet [2].

4. ABSCHNITT: Ausdehnung des § 1 GVG auf die f.G.

Zu diesen Garantien der Landesverfassungen, die allerdings nicht für die Richter des Bundesgerichtshofes gelten, tritt § 1 GVG, der ohne räumliche Beschränkung bestimmt, daß die richterliche Gewalt durch unabhängige, nur dem Gesetz unterworfene Gerichte ausgeübt wird. Allerdings besteht wie im Falle der entsprechenden grundgesetzlichen Norm auch hinsichtlich dieser Vorschrift keine völlige Einmütigkeit über ihren sachlichen Anwendungsbereich. § 2 EGGVG besagt scheinbar eindeutig, daß die Anwendung des Gerichtsverfassungsgesetzes auf die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit und ihre Ausübung beschränkt ist [3], damit bliebe die f.G. außerhalb des Geltungsbereiches dieses Gesetzes. Eine solche Betrachtungsweise wird jedoch weder der geschichtlichen Entwicklung der beiden sog. Justizgesetze, des Gerichtsverfassungsgesetzes und des FGG, noch dem Rechtszustand gerecht, den der Erlaß des letzteren Gesetzes herbeigeführt hat; in diesen Zusammenhang ist daher die Bestimmung des § 2 EGGVG zu stellen. Das Gerichtsverfassungsgesetz, das bereits am 27. Jan. 1877 in Kraft getreten ist, war zunächst auf die streitige Gerichtsbarkeit beschränkt geblieben, da einer Ausdehnung des

---

1) O. MÖLLINGER a.a.O.; E. GOSSRAU a.a.O.; F. SCHLEGELBERGER, Unabhängigkeit der Rechtspfleger, Rpfleger 1957, S. 135.

2) Ebenso F. SCHLEGELBERGER a.a.O. .

3) Streng an den Wortlaut dieser Bestimmung halten sich z.B. STIER-SOMLO, Festgabe für P. LABAND, S. 451 Anm. 1; A. von STAFF, Art. 102-104, Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. I, S. 85; neustens K. SCHÄFER in LÖWE-ROSENBERG, Bd. II, § 1 GVG Anm. 1.

Gesetzes auf die f.G. im damaligen Zeitpunkt unüberwindliche Schwierigkeiten entgegengestanden hatten. Die Angelegenheiten waren in den einzelnen Bundesstaaten recht unterschiedlich geregelt, so daß angesichts der Verschiedenheit des materiellen Rechts die Schaffung eines einheitlichen Verfahrens ausgeschlossen war [1]. Mit der späteren Rechtsvereinheitlichung durch das BGB wurde zugleich das Verfahren der f.G. - abgesehen von einigen Vorbehalten für die Landesgesetzgebung - reichsrechtlich geregelt. Aber weder das FGG noch spätere Gesetze, die einzelne Materien dieser Gerichtsbarkeit zuweisen, enthalten Bestimmungen über die Gerichtsverfassung, sie übertragen vielmehr die Geschäfte auf die nach dem GVG eingerichteten Gerichtsanstalten; so bezeichnen z.B. zahlreiche Vorschriften (§§ 35, 65, 72, 125, 145, 167 u.a. FGG) als erste Instanz das Amtsgericht. Damit ist erhellt, daß die Vorschrift des § 2 EGGVG nur bis 1. Jan. 1900, an dem die erwähnten Gesetze wirksam wurden, von Bedeutung war. Das von diesem Zeitpunkt an gültige FGG nimmt dann seinerseits - ohne nähere Maßgabe - auf die organisatorischen Bestimmungen des GVG Bezug. Dies zeigt sich eindeutig im Falle des § 30 FGG, der die Zuständigkeit in Beschwerdeentscheidungen festlegt, sie erfolgen durch eine Zivilkammer des Landgerichts bzw. durch einen Zivilsenat des Oberlandesgerichts oder des Bundesgerichtshofs. Damit ist doch als allgemeiner Grundsatz vorausgesetzt, daß die Regeln des GVG über die Fähigkeit zum Richteramt und über die Unabhängigkeit des Richters auch für die f.G. gelten.

Schon aus § 4 EGGVG läßt sich diese Auffassung des Gesetzgebers ableiten. Danach ist die Landesgesetzgebung befugt, jede andere Art der Gerichtsbarkeit, also insbesondere Aufgaben der f.G., den ordentlichen Gerichten zuzuweisen. Gegenstände der Verwaltung - abgesehen von Justizverwaltungssachen - bleiben von der Übertragung ausgeschlossen. Mit dieser Einschränkung bringt das Gesetz zum Ausdruck, daß die Geschäfte, die in den Kompetenzbereich eines Gerichtes verlagert werden - abgesehen von den Justizverwaltungsangelegenheiten -, unter dem Schutz richterlicher Unabhängigkeit stehen [2]. Auf dieser Grundlage nahmen die ordentlichen Gerichte schon vor dem 1. Jan. 1900 Verrichtungen der f.G. wahr. Der spätere Erlaß des FGG sollte den bestehenden Rechtszustand nicht verändern, sondern vielmehr auf alle Angelegenheiten erstrecken, soweit sie den Gerichten zugewiesen sind.

Entstehungsgeschichte und Sinn des FGG lassen daher nur den Schluß zu, daß die Aufgaben der f.G., soweit sie den ordentlichen Gerichten anvertraut sind, im Rahmen der bestehenden Einrichtungen [illegible] wurden. Ein wesentlicher Grundsatz dieser Gerichtsverfassung ist die in § 1 GVG ausgesprochene Un-

1) Vgl. C. HAHN, Materialien, S. 25.

2) Siehe auch C. BORNHAK, ZZP 48, S. 47.

abhängigkeit des Richters. Diese erstreckt sich demgemäß über die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit hinaus auch auf die Teile der f.G., die die ordentlichen Gerichte wahrnehmen [1]. Maßgebend für den Anwendungsbereich der Bestimmung ist also nicht der materielle Charakter der richterlichen Entscheidung, sondern allein die förmliche Zuordnung der f.G. in das nach dem GVG geregelte Gerichtsverfassungssystem. Nach § 1 GVG ist die gesamte - rechtsprechende wie verwaltende - Tätigkeit des Richters der f.G. von Weisungen freigestellt [2].

5. ABSCHNITT: Das Deutsche Richtergesetz vom 8.9.1961 und die f.G.

Schließlich folgt auch das kürzlich verkündete Deutsche Richtergesetz, das allerdings erst am 1.7.1962 in Kraft tritt (§ 126 d.G.), den dargelegten Gedanken der überlieferten Gerichtsverfassung. Zwar gibt der Wortlaut des § 25 d.G., der den Grundsatz der Unabhängigkeit des Richters ausspricht, ebenfalls keine greifbaren Anhaltspunkte für die inhaltliche Reichweite dieser Garantie. Jedoch ist aus der Struktur des Gesetzes, das im wesentlichen als eine Kodifizierung des für den Berufsrichter geltenden Rechts anzusehen ist, unschwer zu entnehmen, daß der Gesetzgeber nicht einen Wandel in der bisherigen Rechtsstellung des Richters erstrebt [3]. Der genannten Vorschrift kommt daher nur die Bedeutung zu, das Prinzip der richterlichen Selbständigkeit so, wie es sich aus den Normen des Grundgesetzes, der Landesverfassungen und des Gerichtsverfassungsgesetzes ergibt, zu wiederholen und zu bekräftigen. Die Bestimmung des § 25 DRG ist an der gegebenen Regelung der Gerichtsverfassung orientiert.

---

1) H.M., z.B. K. SCHNEIDER, ZZP 29, S. 113; EBERT-DUDEK-LINDEMANN, § 1, S. 8; F. DOERR, Begriff und Grenzen der richterl. Unabhängigkeit, RheinZ 1911, S. 428 ff. (430); H. BUCHHOLZ 1952, Sp. 518 f.; BGHZ 9, S. 30 ff.; F. SCHLEGELBERGER, Bem. 4 vor § 1; F. LENT, F.G. § 4 I 2, S. 13; Th. KEIDEL, FGG, § 1 Anm. 3, Anm. 7; SCHÖNKE-SCHRÖDER-NIESE, § 11 I, S. 65; B. WIECZOREK, Bd. V, § 12 Anm. A II a 1, Anm. C I; BAUMBACH-LAUTERBACH, § 1 GVG, Anm. 1 B, S. 1624; R. ZÖLLER, ZPO, Vorbem. 1 zum GVG, S. 790; H. WEBER, Verhältnis der freiw. zur streit. Gerichtsbarkeit, Diss. Erlangen, S. 42; a.A. die auf S. 120 Anm. 3 genannten Autoren.

2) Ausdrücklich hat das Badische Gesetz über die f.G. vom 13. Okt. 1925 (abgedruckt bei Th. KEIDEL, FGG, unter Anh. 17, S. 1202 ff.) in § 1 die Vorschriften des GVG über das Richteramt für entsprechend anwendbar erklärt.

3) Herbert ARNDT, Das Richtergesetz, DRiZ 1961, S. 198; vgl. E. KERN, Das neue Richtergesetz, JZ 1961, S. 621.

Der Bundesgesetzgeber hat sich damit - über die Normen des Grundgesetzes hinaus - den formellen Bestimmungen der einzelnen Landesverfassungen und dem GVG angeschlossen [1] und stellt im Einklang mit dem überkommenen Rechtszustand auch das Richteramt in der f. G. unter den Schutz der sachlichen und persönlichen Unabhängigkeit.

---

1) Der Bundesgesetzgeber ist aber durch die Verfassung - mit Ausnahme der Fälle des Art. 104 Abs. II S. 1 GG - nicht gehindert, im Hinblick auf die materiell verwaltenden Aufgaben der f. G. durch ein einfaches Bundesgesetz die richterliche Selbständigkeit aufzuheben. Nach Art. 31 GG geht einfaches Bundesrecht auch dem Landesverfassungsrecht vor, es führte also insoweit zur Unwirksamkeit der entsprechenden Normen der Landesverfassungen.

E R G E B N I S

Das Grundgesetz hat das alte und umstrittene Problem des Verhältnisses von Rechtsprechung und Verwaltung aus der Ebene lehrmäßiger Auseinandersetzungen herausgehoben und ihm erhebliches praktisches Gewicht und aktuelle Bedeutung beigelegt. In Anbetracht des ständig wachsenden Umfanges staatlicher Betätigung in den beiden Funktionsbereichen war eine Betrachtungsweise unvermeidlich, die von den Einzelheiten losgelöst war und sich auf das Wesentliche beschränkte.

Danach hat sich ergeben, daß die materielle Abgrenzung der dritten von der zweiten Gewalt nur an Hand des Kriteriums "der Rechtsanwendung zur Entscheidung eines Rechtsstreites oder einer Strafsache durch einen unbeteiligten Dritten" möglich ist. Die f.G., unter die beiden Kategorien eingeordnet, stellt sich überwiegend als eine Erscheinungsform materieller Verwaltungstätigkeit dar. Demgemäß stehen nur wenige Ausnahmen dieser richterlichen Tätigkeit, wie sie z.B. die Fälle des § 1357 Abs. II BGB, des Wiedergutmachungsverfahrens und der Höfeordnung f. d. Brit. Zone darstellen, nach Art. 97 GG unter dem Schutze der der Rechtsprechung gewahrten Verfassungsgarantien. Art. 104 Abs. II S. 1 GG erweitert für einzelne Aufgaben diesen Bereich und gewährt dem Richter, soweit er über obrigkeitliche Freiheitsentziehungen entscheidet, von Verfassungs wegen Unabhängigkeit. Über den grundgesetzlichen Rahmen hinaus erkennen jedoch die Landesverfassungen der einzelnen Bundesländer, das Gerichtsverfassungsgesetz und das Deutsche Richtergesetz vom 8.9.1961 dem Richter der f.G. in allen seinen Obliegenheiten Weisungsfreiheit zu.

Schließlich hat die Untersuchung zugleich erwiesen, daß weder unter allgemeinen rechtssystematischen Gesichtspunkten noch nach den Normen des Grundgesetzes Einwände gegen die eingangs erwähnten Reformbestrebungen zu erheben sind, die in der f.G. einen geeigneten Ansatzpunkt zum Neuaufbau des gegenwärtigen Gerichtswesens sehen.

L E B E N S L A U F

Am 17. November 1935 wurde ich als Sohn des Lehrers Friedrich Kruse und seiner Ehefrau Erika Kruse, geb. Engling, in Essen geboren. Nach 3 1/2-jährigem Volksschulbesuch ging ich vom Frühjahr 1946 bis zum März 1955 auf das neusprachliche Humboldt-Gymnasium in Essen. Nach bestandener Reifeprüfung ließ ich mich im Mai 1955 an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität in Marburg immatrikulieren und studierte dort Rechtswissenschaft bis zum Sommersemester 1956. Mit Beginn des Wintersemesters 1956/1957 setzte ich mein Studium an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster fort. Im August 1959 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung. Seit September 1959 stehe ich im Vorbereitungsdienst im Bezirk dieses Oberlandesgerichtes.